

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 4/2017

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli

Direttore responsabile

Beniamino Caravita di Toritto

Antonio D'Atena

Massimo Luciani

Franco Modugno

Giuseppe Morbidelli

Marco Ruotolo

Federico Sorrentino

Comitato scientifico

Marino Breganze

Giuseppe Caia

Paolo Carnevale

Marta Cartabia

Giuseppe de Vergottini

Pietro Giuseppe Grasso

Guido Greco

Natalino Irti

Anne-Marie Le Pourhiet

Stelio Mangiameli

Manlio Mazziotti †

Fabio Merusi

Jorge Miranda

Giovanni Sartori †

Dian Schefold

Franco Gaetano Scoca

Gaetano Silvestri

Aldo Travi

Redazione

Francesco Crisafulli

Flaminia Aperio Bella

Daniele Chinni

Tatiana Guarnier

SOMMARIO 4/2017

saggi

- Michele Della Morte, *Diritto di decidere e cultura costituzionale. Un'interpretazione della questione catalana* 619
- Ruggiero Dipace, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative* 647
- Emiliano Frediani, *Il modello processuale di Franz Klein: dal conflitto alla funzione di mediazione del responsabile del procedimento* 697
- Marco Olivetti, *Le origini del regime parlamentare in Canada: il Constitution Act (1791), l'Act of Union (1840) ed il riconoscimento per via convenzionale del responsible government (1848)* 743
- Enrico Zampetti, *La nuova nozione di comportamento amministrativo* 801

osservatorio

- Donato Vese, *Il preavviso di rigetto tra efficienza e garanzia dell'azione amministrativa* 819

attualità

- Luca Giacomelli, *Il cibo come bene fondamentale e il ruolo innovativo delle urban food policies* 869
- Giovanni Guzzardo, *Note sull'amministrazione di risultato nella pianificazione strategica regionale delle risorse economiche: organi di valutazione e buon andamento* 905

Michele Della Morte

DIRITTO DI DECIDERE
E CULTURA COSTITUZIONALE.
UN'INTERPRETAZIONE
DELLA QUESTIONE CATALANA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Crisi della Costituzione e crisi dei partiti. – 3. Le basi della democrazia qualitativa. – 4. La rappresentanza e la sua condizione tragica. – 5. Sul diritto a decidere del popolo catalano. – 6. Lacune della Costituzione spagnola e rischi del diritto a decidere. – 7. La decisione del *Tribunal Constitucional* sullo Statuto catalano e la reazione della dottrina. – 8. Il ritorno del nazionalismo indipendentista e la reazione statale. – 9. Il riemergere del dibattito sulla riforma costituzionale. – 10. Questione catalana e cultura costituzionale.

1. *Premessa*

La tensione tra democrazia e costituzionalismo, mediata dalla nozione di sovranità popolare, è stata oggetto di analisi profonde ed ineguagliabili nel corso degli ultimi tre secoli. Nel sintetizzare i termini di un dibattito di complessità irriducibile, la dottrina ha chiarito che il nesso identifica una misura dialettica di inevitabile ambivalenza¹.

In questa direzione muove, infatti, la ricostruzione di chi ha ritenuto che la Costituzione rappresenti, allo stesso tempo, la “massima espressione del popolo sovrano” ed il luogo metaforico e simbolico in cui lo stesso popolo è chiamato a dissolversi².

È ancora tale dialettica a segnare la qualità o, ancora, la durata più o meno lunga del vincolo costituzionale; esso [il vincolo] è integralmente parte della teoria costituzionalistica, per quanto è e per quanto *deve* essere. Quanto può (e deve) essere discusso è semmai la sua capacità

¹ In tema cfr., da ultimo, la suggestiva ricostruzione di B. DE GIOVANNI, *Kelsen e Schmitt. Oltre il novecento*, Napoli 2018.

² Lettura che si iscrive nel solco della tradizione rivoluzionaria, in larga parte segnata dall'apprensione dell'impossibile unità semantica di nozioni destinate a confrontarsi perennemente, cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna 1998, 7 ss.

ordinatoria, la sua attitudine a divenire valvola di una dinamica destinata a caratterizzare – come intuirà Herman Heller – la sovranità medesima, che diviene nozione interpretabile come momento di legittimazione e costruzione razionale e continua di un ordinamento idoneo ad integrare un potere privo, originariamente, di forma che si innalza sul crinale della storia proprio per edificare una struttura che reputa consciamente necessaria³.

Ciò premesso, per addivenire immediatamente all'obiettivo di questo saggio, l'identificazione di alcuni aspetti attuali della segnalata tensione può servire a comprendere, giustificare e, forse, porre in miglior luce quanto, da alcuni anni (e non, come pure alcuni potrebbero ritenere, da pochi mesi), in corso in Spagna, con riferimento alla tumultuosa deriva dei rapporti tra Governo centrale e Comunità autonoma catalana.

Le vicende che hanno accompagnato il processo *soberanista* catalano, accompagnate ed alimentate da una crescente disaffezione nei confronti dell'assetto costituzionale caratterizzante il modello del 1978, rivelano, infatti, che la tensione tra le istanze indicate in apertura non è sopita e – forse – che tra i compiti di una Carta costituzionale, specie in epoca attuale, figura anche quello di individuare soggetti politicamente responsabili e legittime vie di fuga in grado di stemperare i momenti critici (da sempre accomunati alla stessa idea di sovranità), di alleviare potenziali agitazioni o, comunque, di incanalare eventuali istanze disgregative, nella prospettiva dell'unità nazionale⁴.

In tal senso, come tenteremo di argomentare, la recente esperienza catalana rappresenta effettivamente una questione meritevole di enorme attenzione, che evoca le classiche considerazioni di Santi Romano concernenti lo spazio tra giuridico e antiggiuridico caratterizzante l'instaurazione di un nuovo ordine costituzionale, sulle quali Alessandro Pace ha scritto pagine densissime e ancora molto attuali⁵.

³ Elementi del pensiero helleriano in P. GIORDANO, *Profili della sovranità. Il dibattito giusfilosofico degli Anni Venti*, Napoli 1996, spec. 94.

⁴ Secondo la nota impostazione di Bodin, sulla quale v., ora, A. MORRONE, *Sovranità (Relazione introduttiva)*, in AIC, *Annuario 2016, Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio*, Atti del XXXI Convegno annuale, Trento, 11-12 novembre 2016, Napoli 2017, spec. 89.

⁵ Cfr. S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, (1901), in ID., *Scritti minori*, I, Milano 1950, 110; A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Problemi di teoria costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 1, 1997, 7 ss.

2. Crisi della Costituzione e crisi dei partiti

La tensione segnalata in precedenza – e la complementare verifica della presenza, o dell'assenza, di soggetti, procedure e istituti deputati a comprenderla e, nel caso, ad assorbirla o dirimerla – assume una veste caratterizzante la qualità di una Costituzione; nozione, quest'ultima, centrale per la comprensione del passaggio tra costituzionalismo antico e moderno⁶. Coglie dunque perfettamente nel segno la dottrina che invita a riflettere sulle sue dinamiche nel solco dell'annosa questione concernente la funzione costituzionale dei partiti, o, per dirla diversamente, delle diverse interpretazioni aventi ad oggetto il nesso partiti/popolo nelle Costituzioni del novecento⁷. Oggetto di approfondite e colte analisi, il tema ri-emerge, in questa sede, in quanto consente di comprendere e valutare compiutamente la *forma* del popolo, la sua dimensione istituzionale, la sua qualità sovrana in quanto oggetto di rappresentazione parlamentare, attraverso i partiti, e politica, nei partiti⁸.

In tal senso, la ricostruzione della dottrina tocca un punto fondamentale che – per le ragioni che si diranno – accomuna la Costituzione italiana del '48 e quella spagnola del 1978, figlie di epoche così diverse: è certo, infatti, che in entrambi i casi la tenuta del complesso, progredito ed ambizioso progetto costituzionale presupponeva che i partiti deputati a garantire l'unione tra governanti e governati “si sarebbero mantenute fedeli al patto costituzionale originario, sviluppando in avanti i contenuti di quella Costituzione che essi stessi avevano generato in nome del popolo sovrano”, in armonia – si aggiunga – con le esigenze del pluralismo garantista⁹.

⁶ Secondo la definizione di M. DOGLIANI, *Introduzione al Diritto costituzionale*, Bologna 1994, 192. Per utili considerazioni, anche di ordine metodologico, cfr. C. DE FIORES, *Partiti politici e Costituzione. Brevi riflessioni sul decennio*, in *Costituzionalismo.it.*, 1,/04.

⁷ M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in AA.VV., *Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuale”. Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana, Materiali dell'incontro di Studio*, Ferrara 24-25 gennaio 2013, Milano, 2013, 358.

⁸ Cfr. C. DE FIORES, *La rappresentanza della Nazione. Brevi note sul divieto di mandato imperativo*, in M.CAVINO, L.CONTE, *Le trasformazioni dell'istituzione parlamentare. Da luogo di compromesso a strumento tecnico di divisione del lavoro*, Atti del Convegno del Gruppo di Pisa, Vercelli, 25 novembre 2016, Napoli 2017, 65; M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, cit., 13. Sul nesso partiti/rappresentanza/rappresentazione cfr. M. DOGLIANI, *La rappresentanza politica come rappresentanza del “valore” di uno Stato concreto*, in *Democrazia e Diritto*, 2014, 2, 16 ss.; I. MASSA PINTO, *Rappresentanza*, in AIC, *Annuario 2016, Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale*, cit., 344.

⁹ Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, cit., 8. Sulle diverse posizioni

In tal senso, se nell'esperienza italiana si è fatta inizialmente strada una lettura rivolta a valorizzare la scelta costituente di concepire il Parlamento dei partiti come luogo in cui la declamata sovranità veniva materialmente e concretamente ad esistenza, con le complementari interpretazioni limitative della struttura, prima e della funzione, poi, degli strumenti di partecipazione, da intendersi come fattore di stimolo e correzione/integrazione, in Spagna il ruolo preponderante delle forze partitiche nel processo di elaborazione prima e di attuazione della Costituzione, poi, emerge in maniera, se possibile, ancora più chiara.

Quanto diverge, nelle due esperienze, italiana e spagnola, è la capacità di tenuta della Costituzione a seguito del progressivo sfaldamento del tradizionale posizionamento partitico sin dai primissimi anni '90¹⁰.

Se infatti può dirsi che carente di impulso da parte di una società politica poco incline a riconoscere la perdurante validità del compromesso costituzionale, priva della forza propulsiva istituzionale dei partiti, sempre meno disposti ad integrare la società nel segno della Costituzione, la Costituzione/progetto non può che entrare in *crisi*, è altresì certo che in Italia, come sostenuto da sensibile dottrina, a questo sgretolamento di senso originario si è progressivamente affiancata una valorizzazione del carattere normativo della Costituzione, in grado di imporsi direttamente e progressivamente, soprattutto a partire dalla fine degli anni '70, mediante l'azione dei giudici e, segnatamente, della Corte costituzionale: interpretazioni che, sia detto incidentalmente, pur criticate e criticabili, hanno comunque garantito alla Carta costituzionale di resistere – in forza della volontà espressa dalla popolazione in due distinti referendum – a due diversi tentativi di revisione organica a distanza di dieci anni, portati innanzi dalle forze politiche al governo del Paese nei rispettivi periodi (2006/2016)¹¹.

assunte da Crisafulli ed Esposito, cfr., per tutti, la lungimirante analisi di M. LUCIANI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/20030619_padova/luciani.html.

¹⁰ Secondo un itinerario lucidamente sintetizzato da M. VOLPI, *Dalla politica come militanza alla politica come professione: la selezione del personale politico-parlamentare in Italia*, in M. CAVINO, L. CONTE (a cura di), *Le trasformazioni dell'istituzione parlamentare*, cit., 30 ss.

¹¹ Per una sintetica, ma efficace, ricostruzione della posizione di Mortati, Crisafulli ed Esposito sulla rilevanza giuridica della nozione di popolo e sulle sue interazioni con la sovranità cfr. L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Padova 2002, 80 ss. Cfr. M. DOGLIANI, *Elementi di Diritto costituzionale*, II ed., Torino, 2017, 49, che ha recentemente criticato il modello di un neo-istituzionalismo giudiziario assai pervasivo, utile ad una società fintamente viva e vitale, ma, in realtà, "anomica

Tale processo, tali mutamenti di senso e prospettiva, che pure sollevano problemi di enorme importanza, non paiono caratterizzare con la stessa intensità l'esperienza costituzionale spagnola.

Mentre in Italia inizia – come si è detto – a profilarsi una nuova articolazione del rapporto giudici/legislatore, e, dunque, una nuova idea di Costituzione, in conseguenza dei primi segni di cedimento del tradizionale sistema partitico, nel 1978, in Spagna, la Costituzione democratica, frutto di un'elaborazione consensuale, risulta decisamente imperniata sul ruolo dei partiti (nazionali e autonomistici), cui è delegato il delicato compito di procedere all'attuazione delle disposizioni costituzionali, nel segno della loro effettività¹².

3. *Le basi della democrazia qualitativa*

Le premesse sinora svolte rappresentano elemento presupposto ed inscindibile della connessione tra costituzionalismo e democrazia: da esse dipende, in particolare, l'interpretazione della massima secondo la quale il popolo *esiste* come “nozione rilevante per il diritto costituzionale solo nei termini in cui la Costituzione lo pone, attraverso le sue molteplici emanazioni, al centro della complessa trama di rapporti che segnano la vita e lo sviluppo delle istituzioni della Repubblica”¹³.

Il popolo, nella prospettiva *del Costituente*, non è, infatti, configurabile “come titolare o fonte di poteri illimitati, «sovrani» nel significato classico che questa espressione aveva assunto nella teoria politica e nella giuspubblicistica dei secoli passati (almeno sino alla metà del XX)”¹⁴.

e politicamente rattrappita”. Interessanti valutazioni in argomento in M. FIORAVANTI, *Legislazione e giurisdizione in Europa: l'età dello Stato costituzionale*, in *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino 2016, 192; e in C. PINELLI, *Generazioni, ibidem*, 199 ss.

¹² Cfr. M. FIORAVANTI, *ult. op. cit.*, spec. 194; J. SOLÉ TURA, *Nazionalità e nazionalismo in Spagna. Autonomie federalismo e autodeterminazione*, ed. italiana a cura di M. CARRILLO, M. DELLA MORTE, M.A. GLIATTA, Napoli 2017, spec. 75: “il problema principale di un testo costituzionale e del modello politico di cui si fa portatore è quello della sua attuazione. Non faccio riferimento solamente alla sua vigenza come testo normativo, ma alla sua effettività come strumento di trasformazione dello Stato”.

¹³ Cfr. G. SILVESTRI, *Popolo, populismo e sovranità. Riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli 2009, 1994.

¹⁴ Così ancora, G. SILVESTRI, *op. cit.*, 1993.

Proprio la verifica del limite impone una costruzione complessa della rappresentanza. Per quanto sia da considerarsi ipotesi organizzativa indispensabile, condizione costitutiva dell'ordinamento, forma adeguata e primaria di esercizio della volontà popolare, essa, tradotta in ordinamento rappresentativo, implica la presenza di istituti, strumenti e procedure deputate a consentire ai singoli individui di potere controllare *sempre* l'esercizio delegato della sovranità che costituzionalmente gli *appartiene*¹⁵.

In tal senso, il riflesso delle scelte compiute dal Costituente è rappresentato dall'idea di popolo come potere disomogeneo e costituito, che avrebbe potuto esprimere la sovranità indirettamente attraverso la rappresentanza e direttamente, in conformità agli specifici limiti posti dalla Costituzione medesima, tramite i diversi strumenti partecipativi funzionali all'integrazione democratica; anche, quindi, *contro* i partiti e *contro* la maggioranza¹⁶.

È per i motivi sinora descritti che le basi di una democrazia qualitativa, come ha di recente ricordato autorevole dottrina, sono, dunque, da ricercarsi su due distinti piani: "sul piano della *rappresentanza*, cioè della scelta dei governanti, della loro legittimazione e della loro responsabilità; e sul piano della *partecipazione*, cioè della continuità del rapporto tra «governanti» e «governati» ai fini dell'individuazione, attraverso la composizione dei vari interessi in gioco, dell'interesse generale cui deve ispirarsi la formulazione degli indirizzi politici"¹⁷.

Quanto dimostra l'esperienza italiana è, dunque, che la coesistenza di diverse forme, rappresentative e partecipative, permane valore intangibile sia nelle intenzioni originarie del Costituente, sia successivamente, allorché, in virtù della progressiva crisi della tradizionale forma-partito, si assiste all'evoluzione del diritto costituzionale che solo per comodità definiamo *giurisprudenziale*.¹⁸

È in questa logica che, a nostro avviso, deve leggersi quanto sancito dalla Corte costituzionale nell'importante sentenza n. 106 del 2002.

Nello stabilire l'inesistenza di luoghi o sedi dell'organizzazione costituzionale nei quali la sovranità popolare si possa insediare e – potrebbe

¹⁵ In tal senso, sinteticamente, ma con la consueta chiarezza, L. CARLASSARE, *Democrazia: alterazioni di un concetto*, ne *Il costituzionalista riluttante*, cit., 130 ss.

¹⁶ Cfr. E. CHELI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna 2012, 45 ss.

¹⁷ E. CHELI, *op. cit.*, 44.

¹⁸ Percorso ben descritto da E. CHELI, *op. cit.*, 47 e M. FIORAVANTI, *Il valore della Costituzione*, Roma-Bari 2009, spec. 30.

aggiungersi – esaurire; nel sancire che anche le strutture deputate a renderne effettivo il senso possano (se non debbano) essere tra loro integrate, la Corte non ha fatto altro che ribadire la natura articolata delle disposizioni costituzionali deputate a tenere insieme sovranità, rappresentanza, autonomia e partecipazione. La sovranità – a maggior ragione tenendo conto delle profonde trasformazioni del sistema partitico – non si risolverà, dunque, sostiene la Corte, *interamente nella rappresentanza*, attraversando, piuttosto, “l’intera intelaiatura costituzionale”, rifrangendosi in una pluralità di situazioni e di istituti e ricomprendendo “ad esempio, il sistema delle autonomie territoriali”¹⁹.

Solo a queste condizioni, solo prendendo sul serio il nesso tra rappresentanza, integrazione partecipativa e autonomia, può forse comprenderci in che senso ed in quale direzione la rappresentanza possa seguire ad essere interpretata in senso *vivente* e seguire nella sua capacità di ordinare democraticamente l’autorità, agendo tanto in relazione alle aspirazioni dei rappresentati quanto alle intenzioni dei rappresentanti.

4. *La rappresentanza e la sua condizione tragica*

Eppure, nonostante tale verifica, è indispensabile evitare fraintendimenti circa la sua natura: per quanto possa essere *integrata, corretta, responsiva*, il carattere *tragico* della rappresentanza politica, il suo delinarsi sempre come condizione relativa all’assenza, allo scarto, alla mancanza, allo “snaturamento e depotenziamento” del potere costituente, sono destinate ad emergere in ogni caso²⁰. Ad essa è infatti immanente la nozione di limite, intesa, da un lato, come condizione continuamente

¹⁹ Cfr. G. BRUNELLI, *Ancora attuale. Le ragioni giuridiche della perdurante vitalità della Costituzione*, in AA.VV., *Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuale”*, cit., 12.

²⁰ Come aveva, ad esempio, intuito A. NEGRI, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Roma 2002, 25. Sulla rappresentanza come condizione connessa all’assenza, ma non all’irrealità cfr. P. COSTA, *Il problema della rappresentanza politica: una prospettiva storica*, in *Il Filangieri*, 3, 2004, 328 ss; M. DOGLIANI, C. TRIPODINA, *La sovranità popolare e le sue forme: la forma rappresentativa*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, Roma-Bari 2006, 275 ss. Molto opportunamente I. MASSA PINTO, *op. cit.*, 348, sottolinea la “rimozione dell’assenza” nel dibattito contemporaneo e rileva che la teoria della rappresentanza “ha senso solo se c’è il riconoscimento di questa assenza”. Sulla relazione descritta cfr., anche, V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell’Italia repubblicana*, Padova, 1995; M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 1995, 7 ss.

trascesa e, dall'altro, come parametro per valutare quello che è da conservare e quello che è da superare²¹.

Tale caratteristica emerge anche considerandone la primigenia funzione costituzionale.

In quella prospettiva, la rappresentanza esprimeva, infatti, il postulato secondo il quale i suoi figli primogeniti, i partiti, avrebbero potuto assolvere al compito di mantenere *vivo* il sovrano solo se *il popolo* avesse acquisito consapevolezza della necessità di abbandonare la propria componente rivoluzionaria, il proprio *status* di "autore della Costituzione, prima o poi destinato a riprendersi il prodotto della sua volontà, la Costituzione medesima"²².

Proprio tale posizione è stata, tuttavia, progressivamente relativizzata. Coerente con alcune visioni dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia, tipizzante suggestive ricostruzioni politologiche, armonica con la prospettiva del Costituente, questa visione della rappresentanza sconta l'essere del tutto difforme da quella pur legittimamente manifestata dai teorici della natura *indomabile* del potere costituente, irrisolvibile nelle maglie della giuridicità, insofferente della rappresentanza e deputato a riproporsi, in epoca attuale, attraverso la "democratización sin fin"²³.

Proprio in tale ottica, l'incapacità della rappresentanza di pensare e riproporre se stessa al di là della tradizionale forma statutale, la crisi dell'idea di limite provocata dall'intreccio tra critica post-moderna, ideologia neo-liberista e globalizzazione, le accennate trasformazioni connesse alla pervasività della connotazione normativa della Costituzione, l'assenza della politica, *delle persone*, ripropongono, oggi, l'operare incessante di dispositivi espressi o impliciti di de-rappresentazione²⁴.

²¹ In tal senso, sulla crisi e sul valore contemporaneo della nozione di limite cfr., per tutti, R. BODEI, *Limite*, Bologna, 2016.

²² M. FIORAVANTI, *Costituzione*, cit., 12.

²³ Cft. A. NEGRI, *op. cit.*, 12; cfr. G. PISARELLO, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid 2016, 183. In prospettiva differente, C. LEFORT, *Saggi sul politico, XIX e XX secolo (1986)*, Bologna 2007; L. BAZZICALUPO, *La rappresentanza politica dopo la sua decostruzione*, in *Populismo e democrazia radicale. In dialogo con Ernesto Laclau*, Verona 2012, 99 ss.

²⁴ In campo giuridico, già da tempo, F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova 2000; G. BUCCI, *La sovranità popolare nella trappola delle reti multilevel*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2008. La stigmatizzazione della crisi della politica è ben presente nella riflessione di M. LUCIANI, *Quanto è mite il diritto mite di Gustavo Zagrebelsky? In Il costituzionalista riluttante*, cit., spec. 42 ss., secondo il quale, peraltro, è dubbio "che le soluzioni ordinamentali che esaltano il momento della giurisdizione siano davvero quelle che valorizzano al massimo grado la mitezza della decisione pubblica".

A ciò si aggiunga che il caso, emblematico, della decisione di bilancio “quasi interamente attratta nell’orbita sovranazionale della c.d. governance economica europea”, spiega, se non giustifica, l’impossibilità delle forze che pur si dicono orientate alla garanzia della *forma* rappresentativa di riannodare le fila di un discorso ideale, attinente, come magistralmente ritenuto da Bockenförde, al rapporto tra autorità e libertà: se il potere è inciso e condizionato dall’economia e non dalla società, la rappresentanza diviene dispositivo insufficiente anche perché inoperante e la sua critica scontata e strumentale.

L’esito è paradossale: il suo superamento diviene condizione legittima e plausibile, nell’ottica della democrazia²⁵.

5. *Sul diritto a decidere del popolo catalano*

Come è possibile adattare il discorso sinora svolto alla questione catalana? È lecito ipotizzare che l’espressione *dret a decidir* (in catalano) utilizzata, nel corso degli ultimi anni, per raffigurare le esigenze democratiche ed identitarie di una comunità politica che da tempo autoproclama la propria sovranità e denuncia le angustie maglie di una Costituzione nella quale più non si riconosce, esprima qualcosa di ulteriore rispetto alle tradizionali istanze di autodeterminazione? È legittimo stigmatizzarne il senso eccedente e, dunque, valutarne la funzione di stimolo indiretto alla risoluzione della relazione dialettica tra *tronco rappresentativo e sottomodello partecipativo-plebiscitario*?²⁶

Procediamo con ordine.

In relazione al primo quesito, è credibile assumere il *dret a decidir* come nozione dai contorni molto diversi rispetto al tradizionale diritto di autodeterminazione, almeno nel senso tradizionale fatto proprio dalla celeberrima Risoluzione delle Nazioni Unite n. 1514 del 14 dicembre 1960.

²⁵ E. W. BOCKENFORDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quad. cost.*, 2, 1985, 232. In argomento, seppur in diversa prospettiva. cfr. le interessanti considerazioni di F. BILANCIA, *Sovranità*, in *AIC, Annuario 2016, Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale*, cit., 210.

²⁶ Sul c.d. *Dret a decidir* cfr. i saggi raccolti nel volume a cura di L. CAPPUCIO, M. CORRETJA TORRENS, *El derecho a decidir. Un diálogo italo-catalán*, Barcelona, 2014. Cfr. anche F. BILANCIA, *Il “derecho a decidir” catalano nel quadro della democrazia costituzionale*, in *le Istituzioni del federalismo*, 4, 2014, 985 ss; J. CAGIAO Y CONDE, G. FERRAIUOLO (a cura di), *El encaje constitucional del derecho a decidir. Un enfoque polemico*, Madrid, 2016. Il riferimento è all’ormai celebre definizione di M. LUCIANI, *Democrazia rappresentativa*, cit.

Al contrario di quanto lascerebbe ipotizzare la stessa storia politica spagnola, il diritto in esame pare proporsi, nell'attualità, come dispositivo addirittura svincolato dal riferimento all'ambito semantico della Nazione²⁷.

In alcune recenti analisi, la distinzione appena segnalata assume contorni ancor più netti.

Alla stregua di quanto ricordato dallo stesso *Tribunal Constitucional* nella sentenza n. 42 del 2014, il diritto di decidere non è, come il diritto di autodeterminazione, diritto ristretto o restringibile ai popoli oppressi o sottoposti a regimi coloniali; né implica, se compreso in relazione alle esigenze autonomistiche, la secessione unilaterale, pur menzionata da alcuni, in maniera ambivalente, come possibilità residuale a disposizione dei cittadini di un determinato territorio condizionata alla mancata (o fallita) negoziazione con gli organi statali²⁸. A ciò si aggiunga che secondo autorevoli analisi, anche la condizione della c.d autonomia, corrispondente alla possibilità di utilizzare una propria lingua o di disporre di un proprio sistema scolastico (condizioni ampiamente presenti in Catalogna), soddisfa, o può soddisfare, il diritto all'autodeterminazione, senza che tale interpretazione implichi la facoltà di secedere o di "entrare a fare parte di un altro Stato"²⁹.

Il *dret a decidir* – per rispondere al secondo quesito che ci siamo posti – pare evocare, dunque, la possibilità di garantire ai cittadini il potere di pronunciarsi in modo pacifico e democratico *direttamente e sempre* tramite referendum, consultazioni popolari non referendarie o quant'altro su questioni attinenti alla sovranità, "incluida la posibilidad de construir un Estado independiente mediante un proceso de secesión negociado"³⁰.

²⁷ Nel cui ambito è stata interpretata in senso funzionale alla garanzia del valore della pace e della sicurezza internazionale. Sulla relazione tra autodeterminazione, secessione e sovranità, v. O. HÖFFE, *La democrazia nell'era della globalizzazione*, Bologna, II ed., 2017, spec. 278 ss.; sul diritto di autodeterminazione in chiave politico-costituzionale e sulle sfumature inerenti il suo significato cfr. J. SOLÉ TURA, *op. cit.*, 133 ss.; per la dottrina italiana cfr., per tutti, C. MARGIOTTA, *L'ultimo diritto. Profili storici e teorici della secessione*, Bologna 2005, spec. 182 ss.

²⁸ In attinenza presunta con quanto stabilito dalla Corte internazionale di Giustizia in occasione della Dichiarazione unilaterale di indipendenza del Kosovo. Per tale lettura cfr. M. CORRETJA TORRENS, *El fundamento democrático del derecho de los catalenes a decidir*, in J. CAGIAO Y CONDE, G. FERRAIUOLO (a cura di), *El Encaje constitucional*, cit., spec. 65 ss., che fa espresso riferimento alla relazione tra caso catalano e teoria della c.d. giusta causa.

²⁹ Cfr. O. HÖFFE, *op. cit.*, 281.

³⁰ M. CORRETJA TORRENS, *El fundamento democrático*, cit., 66.

Tale definizione, che enfatizza il distacco tra oggetto della pretesa, dimensione rappresentativa e condizioni concrete dell'autonomia, evidenzia altresì il portato della menzionata formula, configurabile, in questi termini, come tentativo di una parte degli individui e della società catalana (e forse spagnola) di rivendicare uno spazio pienamente politico, addirittura costituente; spazio che – in epoca attuale – non sarebbe garantito dagli ordinari processi rappresentativi e che, in ogni caso, sarebbe da ripensare in funzione di una ri-considerazione generale della categoria del politico³¹.

Nel senso descritto, l'oggetto del presunto diritto decisionale sembra eccedere chiaramente il tema autonomistico che, tuttavia, ne costituisce il principale oggetto per due motivi tra loro complementari: *a*) in quanto spesso, nel corso della tormentata storia spagnola, questo argomento ha simboleggiato, appunto, il campo simbolico dell'iniziativa politica; e *b*) perché l'autonomia esprime sempre la critica della verticalità, della gerarchia, a favore di una dimensione virtuosa o virtuosissima del *territorio*, del *locale*, della società contrapposta alla politica³². Se si considerano tali premesse, può forse intendersi più agevolmente che la formula del *dret a decidir* effettivamente esula dal tema dell'integrità territoriale, intesa come oggetto peculiare della decisione che il diritto rivendicato tenderebbe a garantire³³; il suo principale elemento distintivo è determinato, piuttosto, dal sorgere *nel* territorio, identificato come campo privilegiato di processi partecipativi, comunitari e identitari (democratici) ritenuti incompatibili con l'attuale assetto delle dinamiche rappresentative (considerate meno democratiche)³⁴.

In tal modo concepito, il diritto in oggetto pare più che altro riferirsi all'esigenza di affermazione del principio di sovranità *popolare contro* la connotazione della sovranità "istituzionalizzata nelle forme costituzionali" non ritenuta ulteriormente in grado – se mai lo sia stata – di garantire le istanze e i bisogni tipici della Nazione catalana (come previsto dal Pre-

³¹ Elementi teorici in tal senso in C. MOUFFE, I. ERREJON, *Construir pùbelo. Hegemonia y radicalización de la democracia*, Barcelona 2015. Come chiaramente segnalato da G. SILVESTRI, *Il potere costituente come problema teorico-giuridico*, in *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, 8, 2004, non sono peraltro rari i casi di emersione dell'idea di una sovranità popolare "capace di porre fine in forme libere alla Costituzione".

³² Cfr. ad. es, G. HERMET, *Storia della Spagna nel Novecento*, II ed., Bologna 1999, spec. 256.

³³ Nel senso indicato dalla dottrina (nota 27).

³⁴ Sulla quale, da ultimo, cfr. U. ALLEGRETTI, *Costituzioni partecipate*, in *Il costituzionalista riluttante*, cit., spec. 90 ss.

ambolo dello Statuto riformato nel corso del 2006, sul quale si tornerà in seguito)³⁵.

6. *Lacune della Costituzione spagnola e rischi del diritto a decidere*

Per alcuni aspetti, i fautori del diritto a decidere hanno avuto vita relativamente facile. È fuor di dubbio, infatti, che sul piano degli strumenti integrativi della rappresentanza la Costituzione spagnola del 1978 manifesti lacune per certi versi insostenibili.

Nonostante il disposto dell'art. 9, secondo comma della CE, che per un verso impegna *tutti* i pubblici poteri a promuovere le condizioni in grado di rendere effettiva la partecipazione politica dei cittadini e dei gruppi nei quali si integrano e si riconoscono, e, per l'altro, riconosce e garantisce agli stessi il diritto di partecipare direttamente alla vita politica, economica sociale e culturale del Paese, è accertato che i diritti e gli istituti concretamente deputati a garantire l'esercizio della sovranità e a rendere effettivo il collegamento tra rappresentanti e rappresentati non siano stati adeguatamente valorizzati.

Volendo ricercare il motivo retrostante la scelta delle *Cortes* costituenti di limitare drasticamente il ricorso a forme partecipative integrative della rappresentanza (escludendo, ad esempio, materie particolarmente delicate dal campo dell'iniziativa popolare e limitando drasticamente l'istituto referendario), lo sguardo si rivolge immediatamente alle condizioni politiche che hanno assistito la transizione democratica³⁶. In tal senso la ragione non può che essere squisitamente politica, riflettendo la volontà di garantire, o meglio, di blindare, le prerogative dei partiti, considerati, dalla Costituzione (art.6) e (paradossalmente) dalla stessa legge organica disciplinante l'istituto dell'iniziativa popolare, "*órganos de manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales de la participación política*".

In Spagna, molto più che in Italia, nonostante le diverse epoche costituenti, sembra, insomma, che il denotato della nozione di partecipazione sia stato ottusamente identificato come una sorta di intollerabile *vulnus* all'azione dei partiti, costituzionalmente rappresentati non solo come organi fondamentali della partecipazione, ma come soggetti *esclusivamente*

³⁵ L'espressione, particolarmente utile nel caso di specie, è di F. BILANCIA, *Sovranità, in AIC, Annuario 2016, Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale*, cit., 201.

³⁶ Cfr. G. HERMET, *op. cit.*, 233; J. SOLÉ TURA, *op. cit.*, 132 ss.

o comunque *prevalentemente* delegati ad assicurarla nel contesto della forma di Stato.

Conseguenza di tale scelta è stata quella di concepire la rappresentanza come ipotesi di per sé sufficiente, con tutti i rischi che tale operazione storicamente comporta. Secondo Fraenkel, infatti, “una Costituzione di uno stato unilateralmente rappresentativa si trova in pericolo fintantoché essa non sia completata con una costituzione sociale che dischiuda alle forze plebiscitarie riunite in autonoma unità una possibilità di espressione e un campo di attività. Nella Costituzione del 1791, l’idea della rappresentanza è così radicalmente pensata fino all’estremo che essa si neutralizza da se stessa”³⁷.

Se a partire da quell’esperienza è chiaro la rappresentanza debba sempre potersi discutere, se l’indipendenza dei rappresentanti è principio soggetto ad interpretazioni connesse alle fasi storiche e politiche, se l’esercizio della sovranità deve intendersi sempre come possibilità effettiva a disposizione di cittadini, l’utilizzo – a tal fine – di una formula giuridicamente così ambivalente e generale, come quella del *Dret a decidir*, comporta dei rischi *specifici*³⁸.

Essi – a nostro avviso – sono riassumibili in alcuni motivi: *a*) il primo è connesso alla *hybris* correlata ad una visione *responsiva* della rappresentanza, negata nella sua componente *tragica* e utilizzata strumentalmente solo in quanto preordinata a riflettere per intero le esigenze del *territorio* (nella prospettiva, tutta da dimostrare, di un nesso strettissimo tra rappresentanza e de-territorializzazione)³⁹; *b*) il secondo è che tale prospettiva implica la crisi del divieto di mandato imperativo e si nutre dei dettami ispirati alla c.d. democrazia capillare, secondo la quale in politica è possibile una prassi democratica solo per mezzo di piccole unità, il cui valore va conseguentemente difeso anche nei grandi Stati, “affinchè non venga a mancare la partecipazione delle masse alla politica attiva”⁴⁰; *c*) il terzo è che il suo riconoscimento alimenta dinamiche partecipative per loro natura insofferenti ai vincoli⁴¹; *d*) il maggior rischio – connesso a quanto

³⁷ Cfr. E. FRAENKEL, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, ed. it. a cura di L. CIAURRO, C. FORTE, Torino 1994, 68.

³⁸ Sui pericoli di una configurazione dommatica della rappresentanza sempre attuale l’insegnamento di P. GROSSI, *La vita nel diritto*, Napoli 2012, 54.

³⁹ Cfr. I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli 2010.

⁴⁰ Così. F. NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna 1984, 320.

⁴¹ Cfr. S. HOLMES, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*; G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2015.

appena detto – è, tuttavia, costituito dalla rinuncia a svolgere il compito di proseguire ad attuare compiutamente la Costituzione, di perseverare nel porre le condizioni per una progressiva democratizzazione dell'ordinamento nel senso dell'unità e dell'autonomia, di mediare tra limiti e possibilità, testo e storia, passato, presente e futuro.

In tal senso, la prospettiva critica, la radicalità delle proposte, la diversa concezione della relazione dello Stato e della società che fungono da sfondo alla formula del *dret a decidir* svelano una lettura assai cara ai teorici del post-moderno: quella secondo la quale “il processo di disintegrazione della società si sia già definitivamente compiuto e che la società stessa non costituisca più un tessuto unitario (ancorché contraddittorio) bensì un semplice aggregato di aree giustapposte”, di individui, gruppi, comunità. tra loro, appunto, *indipendenti*⁴².

Concepibile come strumento per rivendicare la partecipazione di una società politica insofferente alle restrizioni di una Costituzione sbilanciata nel verso di una rappresentanza ottusa e sorda alle esigenze delle nazionalità, il diritto di decidere può dunque divenire per una curiosa eterogenesi dei fini (e – come dimostrano gli eventi degli ultimi mesi – è divenuto) il cavallo di Troia per la disgregazione della moderna democrazia costituzionale⁴³.

Sembrano infatti oggi lontani i tempi in cui i catalani salutavano con favore la nascita della Carta, deputata, in forza del compromesso costituente, a garantire, assieme, libertà e autorità, unità e autonomia⁴⁴.

7. *La decisione del Tribunal Constitucional sullo Statuto catalano e la reazione della dottrina*

Per svolgere per intero la sua funzione emancipatrice, in quanto diritto di inizio secolo, occorre, tuttavia, che il *dret a decidir* fosse social-

⁴² Cfr. l'interessante lettura critica di A. BURGIO, *Modernità del conflitto. Saggio sulla critica marxiana del socialismo*, Roma, 1999, 133. In tema anche L. BAZZICALUPO, *La rappresentanza politica*, cit., 105.

⁴³ A. BURGIO, *Modernità del conflitto*, cit., 135. In tal senso, il diritto di decidere è passibile della stessa possibilità di strumentalizzazioni che parte della dottrina ha correttamente riferito alla nozione di *governance*, cfr. R. BIN, *Contro la governance. La partecipazione tra fatto e diritto*, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0270_bin.pdf.

⁴⁴ Cfr. l'analisi di M. CARRILLO, *Reconducir el conflicto, constitucionalizar la diferencia*, in *El Cronista*, 71-72, 2017, 44.

mente legittimato, ovvero ipotizzato come risposta culturale e normativa adeguata per rivitalizzare un sistema giudicato *ingiusto* e inadeguato ai tempi.

L'elemento scatenante, in tal senso, è rappresentato dalla sentenza del *Tribunal constitucional* n. 31 del 2010, che ha inferto – nella prospettiva dei cittadini e della dottrina catalana praticamente unanime – il colpo di grazia al compromesso costituzionale⁴⁵.

Nel de-qualificare la posizione e la funzione dello Statuto catalano, interpretandone restrittivamente la riforma (pressoché integrale) del 2006, il *Tribunal Constitucional* ha indossato, per i catalani, la maschera dell'odiato *Nemico* statalista, rappresentativo di un *Centro* che, in fondo – si è potuto e voluto pensare a far data dalla Sentenza – non ha mai definitivamente abbandonato la sua ispirazione autoritaria (i continui riferimenti al franchismo seguiti ai cruenti eventi del primo ottobre scorso simboleggiano, appunto, questa evidente traslazione, tipica, peraltro, del fenomeno nazionalista)⁴⁶.

La sentenza, come si accennava, è stata tuttavia accolta con enorme delusione anche da parte della dottrina meno critica nei confronti della Costituzione del '78⁴⁷.

Nel ridimensionare la portata politica e giuridica degli statuti di autonomia (e, dunque, il principio dispositivo), nel minimizzare radicalmente il valore giuridico del procedimento aggravato previsto per l'approvazione dello statuto (duplice approvazione del Parlamento catalano, del Parlamento nazionale e ratifica referendaria del corpo elettorale), nel deprimere la funzione materialmente costituzionale degli Statuti e, dunque, la loro collocazione nel sistema delle fonti, il *Tribunal Constitucional* – è stato autorevolmente sostenuto – ha inferto un durissimo colpo all'intera architettura costituzionale. Secondo insigne dottrina, la sentenza in esame ha finito addirittura per deprivare

⁴⁵ Il *Tribunal Constitucional*, con la STC n. 31 del 2010, è intervenuto a seguito dei ricorsi di incostituzionalità inerenti la riforma dello Statuto di Autonomia della Catalogna presentati dal Partito popolare e da 5 Comunità autonome.

⁴⁶ Per un'analisi compiuta dell'iter e del contenuto dello Statuto del 2006 cfr. J.M. CASTELLÀ ANDREU, *El nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, in G. DEMURO (a cura di), *L'autonomia positiva*, Cagliari 2007, 138 ss. In tema cfr., anche, per la dottrina italiana, I. RUGGIU, *Il nuovo Statuto catalano*, in *Le Regioni*, 2007, 281 ss. Sul rapporto tra nazionalismo e costruzione consapevole del nemico, illuminante, anche in relazione alla storia spagnola e catalana, la ricostruzione di J. SOLÉ TURA, *op. cit.*, spec. 160 ss.

⁴⁷ Cfr. M. CARRILLO, *op. cit.* 45.

di senso l'intero ordine costituzionale, "finendo per violare la sovranità popolare"⁴⁸.

Il comportamento inappropriato e miope del Governo centrale e la risposta iper-centralista del *Tribunal constitucional*, progressivamente tacciato di scarsa indipendenza dal potere politico-partitico, hanno tuttavia prodotto il risultato di porre in discussione l'intera Carta, con la conseguenza, per certi versi paradossale, di tramutarne in paladine forze politiche, come il Partito popolare, storicamente impegnate a circoscriverne il portato progressista, identificabile anche nella scelta di tenere *assieme* rappresentanza ed autonomia, uguaglianza e diversità, nella prospettiva della indissolubile unità della Nazione spagnola⁴⁹.

La pretesa di poter disporre di un diritto di decidere su ogni questione, senza limiti etero-imposti, è infatti gradualmente transitata attraverso la denuncia serrata delle ambiguità contenute nel testo costituzionale, valutato alla stregua di frutto avvelenato dalle pressioni della Monarchia e condizionato da scelte previe rispetto allo specifico contesto costituente, come quelle contenute nei notissimi *Pactos de la Moncloa*, firmati da Adolfo Suarez, rivolti a trovare compromessi sostenibili in materia economica e finanziaria⁵⁰. La de-valorizzazione del momento costituente, la sua riduzione a fase di ratifica di un accordo tra modernità e istituzioni del franchismo, reputato intollerabile nell'attualità, ha peraltro rapidamente condotto alla svalutazione dell'intero metodo compromissorio, o, per dirla diversamente, dei vantaggi che esso comporta.

La svalutazione dell'appoggio popolare al nuovo testo costituzionale, la stigmatizzazione delle disposizioni concernenti il ruolo istituzionale della Monarchia, della Chiesa e dell'Esercito, la lettura riduzionistica delle componenti fondamentali dello Stato delle autonomie, sono da interpretarsi, alla luce di quanto detto, come segnali inequivocabili della

⁴⁸ Cfr. M. CARRILLO, *La sinistra catalana di fronte al nazionalismo*, in J. SOLÉ TURA, *op. cit.*, XLI; J. PÉREZ ROYO, *La STC 31/2010*, in *Revista catalana de dret públic*, 43, 2011, 121, ha espressamente parlato di *crepa* nel patto costituente.

⁴⁹ Cfr. M. CARRILLO, *ult. op. cit.*, *ibidem*. Sulla progressiva de-legittimazione del TC, anche in riferimento alla questione catalana, cfr. G. FERRAIUOLO, *Tribunal constitucional y cuestión nacional catalana. El papel del juez constitucional español. Entre la teoría y la práctica*, in J. CAGIAO Y CONDE, G. FERRAIUOLO (a cura di), *El encaje constitucional, cit.*, 110 ss., nonché A. MASTROMARINO, *La malatemporada del Tribunal Constitucional spagnolo. Brevi note alla luce delle più recenti modifiche della legislazione organica*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Torino 2011, 218 ss.

⁵⁰ Per i risvolti di tale interpretazione cfr. M. CARRILLO, *ult. op. cit.*, XLI.

volontà di parte della dottrina contemporanea di non considerare il risultato raggiunto dal Costituente nel 1978 come elemento valoriale da apprezzare, conservare e difendere ulteriormente. Coerentemente con quanto sostenuto innanzi, la decisione del Governo, nel 2011, di sottoporre a revisione l'art. 135 CE, costituzionalizzando, alla stregua di quanto accaduto nel nostro Paese, il principio del pareggio di bilancio ha aggravato – se possibile – le cose, alimentando lo scetticismo circa la stessa capacità di tenuta della parte più avanzata della Costituzione del 1978⁵¹.

8. *Il ritorno del nazionalismo indipendentista e la reazione statale*

Il ritorno del nazionalismo indipendentista, vero e proprio convitato di pietra dell'intera storia politica e costituzionale della Spagna negli ultimi tre secoli, presenta, nell'attualità, tratti peculiari proprio alla luce dell'incastro tra rivendicazioni politiche e giuridiche, formali e fattuali⁵².

La Risoluzione 5/X, adottata dal Parlamento catalano nel gennaio del 2013, recante “Dichiarazione di sovranità e del diritto a decidere del popolo della Catalogna”, rappresenta un evidente salto di qualità, l'inizio di un percorso strategico parzialmente inedito, caratterizzato da una dialettica per certi versi surreale tra organi del potere centrale e regionale, interamente fondata sulla reciproca delegittimazione⁵³.

⁵¹ Sulla revisione cfr., per tutti, E. ALBERTI ROVIRA, *La reforma del artículo 135 CE*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 93, 2011, 166 ss.

⁵² La differenza tra nazionalismo e nazionalismo indipendentista è perfettamente tratteggiata da J. SOLÉ TURA, *op. cit.*, spec. 34 ss.

⁵³ Si ritiene utile riportare il testo per intero.

DECLARACIÓN DE SOBERANÍA Y DEL DERECHO A DECIDIR DEL PUEBLO DE CATALUÑA

De acuerdo con la voluntad mayoritaria expresada democráticamente por el pueblo de Cataluña, el Parlamento de Cataluña acuerda iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir para que los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo, de acuerdo con los siguientes principios: Primero. Soberanía. El pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano. Segundo. Legitimidad democrática. El proceso del ejercicio del derecho a decidir será escrupulosamente democrático y garantizará especialmente la pluralidad y el respeto de todas las opciones, mediante la deliberación y el diálogo en el seno de la sociedad catalana, con el objetivo de que el pronunciamiento que se derive sea la expresión mayoritaria de la voluntad popular, que será el garante fundamental del derecho a decidir. Tercero. Transparencia. Se facilitarán todas las herramientas necesarias para que el conjunto de la población y la sociedad civil catalana tenga toda la información y el conocimiento adecuado para ejercer el derecho a decidir y para que se promueva su participación en el proceso. Cuarto. Diálogo. Se dialogará y se negociará

A partire da quella decisione politica, dichiarata illegittima dal *Tribunal Constitucional* mediante la STC n. 42 del 2014, il Governo catalano, sino al 2015 retto da Artur Mas, ha infatti messo in campo una serie successiva di atti surretiziamente provocatori, tutti fondati sull'inalienabile diritto dei catalani a decidere senza vincoli del futuro della propria condizione politica, in direzione tuttavia diversa rispetto a quanto suggerito dallo stesso *Tribunal Constitucional* nella STC 42/2014.⁵⁴

In tal senso, si segnalano prima la singolare legge 26 settembre 2014 n. 10, "Legge per le consultazioni popolari non referendarie e altre forme di partecipazione cittadina", rivolta ad aggirare il divieto di utilizzo dello strumento referendario previsto dalla precedente legge catalana n. 4 del 2010 e, successivamente, il Decreto del Presidente della *Generalitat* n. 129 del 2014, entrambi immediatamente impugnati dinanzi al TC che ne ha deciso la sospensione cautelare ai sensi di quanto disposto dall'art. 161.2.CE. L'intreccio di elementi formali e fattuali, senza soluzione di continuità, è stato poi confermato dallo svolgimento, nel mese di novembre del 2014, di una manifestazione indicata come *proceso participativo*, voluta dall'alto e costruita come una sorta di informale chiamata alle urne

con el Estado español, con las instituciones europeas y con el conjunto de la comunidad internacional. Quinto. Cohesión social. Se garantizará la cohesión social y territorial del país y la voluntad expresada en múltiples ocasiones por la sociedad catalana de mantener Cataluña como un solo pueblo. Sexto. Europeísmo. Se defenderán y se promoverán los principios fundacionales de la Unión Europea, particularmente los derechos fundamentales de los ciudadanos, la democracia, el compromiso con el estado del bienestar, la solidaridad entre los diferentes pueblos de Europa y la apuesta por el progreso económico, social y cultural. Séptimo. Legalidad Se utilizarán todos los marcos legales existentes para hacer efectivo el fortalecimiento democrático y ejercicio del derecho a decidir. Octavo. Papel principal del Parlamento. El Parlamento, como institución que representa al pueblo de Cataluña, tiene un papel principal en este proceso y, por lo tanto, deben acordarse y concretarse los mecanismos y las dinámicas de trabajo que garanticen este principio. Noveno. Participación. El Parlamento de Cataluña y el Gobierno de la Generalidad deben hacer partícipes activos de todo este proceso al mundo local y al máximo de fuerzas políticas, de agentes económicos y sociales y de entidades culturales y cívicas de Cataluña, y deben concretar los mecanismos que garanticen este principio.

⁵⁴ Un'efficace ricostruzione delle vicende e del ruolo centrale del TC in F. BILANCIA *Il "diritto a decidere"*, cit., 986 ss. Sulla STC n. 42 del 2014, il cui principale fondamento risiede nell'illegittimità del riferimento operato dalla Risoluzione 5/X alla sovranità del popolo catalano, cfr. E. FOSSAS ESPALDER, *Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración y el Derecho a Decidir del Pueblo de Cataluña*, in *Revista española de Derecho constitucional*, 101, 2014, 280 ss., nonché, per la dottrina italiana, la ricostruzione di L. FROSINA, *Il c.d. Derecho a decidir nella sentenza n. 42/2014, del Tribunale costituzionale spagnolo sulla dichiarazione di sovranità della Catalogna*, in *Federalismi.it*, 10/14.

dei cittadini catalani, deputati, in assenza di qualsivoglia garanzia, ad esprimersi sulla secessione dalla Spagna. Stante la sospensione decretata dal TC, questa sorta di referendum informale, il cui esito è stato a favore dell'indipendenza (80,2% dei voti favorevoli), ha comunque provocato effetti nefasti in merito all'apertura di possibili vie di dialogo⁵⁵.

La volontà di prosecuzione unilaterale è stata successivamente confermata dalle elezioni amministrative svoltesi nel mese di settembre del 2015 (c.d. *plebiscitarie*) il cui risultato è stato ampiamente favorevole ai partiti indipendentisti⁵⁶.

Il dado era ormai tratto.

L'elezione, nel gennaio 2016, di Carles Puigdemont a Presidente della *Generalitat* (che si spiega con l'ostracismo di alcune forze politiche nei confronti dell'ex Presidente Mas), la serrata radicalizzazione delle posizioni, la delegittimazione costante e reciproca delle Autorità spagnole, i continui riferimenti alla *democrazia negata*, hanno infatti condotto, in un crescendo di tensione, all'approvazione da parte del Parlamento catalano, nella seduta del 6 settembre appena trascorso, delle leggi nn. 19 e 20 del 2017, che nel disporre, la prima, la celebrazione di un referendum (dotato di valore vincolante) per l'indipendenza per il successivo primo ottobre e la seconda, in caso di esito positivo del referendum, l'avvio disinvolto di un processo costituente, hanno segnato, per diversi profili, uno strappo difficilmente ricucibile alla legalità costituzionale, rappresentandosi come fatti di carattere insurrezionale, finalizzati ad instaurare unilateralmente un nuovo ordine repubblicano⁵⁷.

⁵⁵ Sugli eventi connessi alla consultazione del 9 novembre 2014, anche precedenti al suo svolgimento, cfr., per tutti, L. CAPPUCCIO, *Introduzione. La lunga e accidentata marcia della Catalogna verso una consultazione popolare sull'indipendenza*, in L. CAPPUCCIO, G. FERRAIUOLO (a cura di), *Il futuro politico della Catalogna*, in *Federalismi.it*, 22/2014.

⁵⁶ Una lettura per certi versi originale e comprensiva delle elezioni plebiscitarie è stata offerta da G. FERRAIUOLO, *Sovranità e territorio alla prova della crisi catalana*, in *Federalismi.it*, 17/2017. Quanto non si osserva abitualmente è, tuttavia, che tali elezioni hanno comportato la formale rinascita del mandato imperativo. Non vi è dubbio, infatti, che in nessun modo i rappresentanti eletti avrebbero potuto appoggiare soluzioni non indipendentiste, a pena di una perdita radicale di credibilità e legittimità. A mio avviso numerosi eventi successivi alla celebrazione delle elezioni dipendono da questo fattore.

⁵⁷ Il testo del quesito referendario previsto dalla legge n. 19 del 2017 era il seguente: *Volete che la Catalunya sia uno Stato indipendente in forma di Repubblica?* Sui procedimenti costituenti camuffati da apparente legalità si leggano le acutissime considerazioni di A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione*, cit., spec. 7 ss. Sul nesso insurrezionale/ rivoluzione cfr., per tutti, S. COTTA, *Per un concetto giuridico di rivoluzione*, in *Id.*, *Limiti della politica*, Bologna 2002, spec. 391 ss.

L'apparente legalità di quella giornata, caratterizzata, al contrario, da molteplici e gravissime violazioni sistematiche della Costituzione, dello Statuto, del regolamento della Camera territoriale e di altrettante violazioni delle prerogative della minoranza parlamentare, rappresenta, con ogni probabilità, un punto di non ritorno, e la successiva, ambigua, Dichiarazione unilaterale d'indipendenza (10 ottobre 2017), la conseguenza, per molti versi attesa e scontata, di un'acutissima crisi politica e costituzionale, culminata con la destituzione del Presidente Puigdemont e di molte alte cariche, cui ha fatto seguito il commissariamento di fatto della Regione tramite l'imposizione, da parte del Governo centrale, del controverso art. 155 CE (mai oggetto di applicazione nei precedenti quarant'anni di vigenza del testo costituzionale) e il coevo scioglimento del Parlamento catalano⁵⁸.

Se politicamente si concorda con chi ha ritenuto che i fatti del passato ottobre costituiscano la più grave crisi vissuta dalla democrazia spagnola a far data dalla morte di Franco, sul piano più propriamente giuridico, alcuni, interessanti, elementi di riflessione si desumono proprio dal parere reso dal Consiglio di garanzie statutarie operante in Catalogna in merito all'applicazione dell'art. 155 CE, strumentale a garantire un'analisi previa delle disposizioni rispetto alla eventuale proposizione di un *recurso de inconstitucionalidad*⁵⁹.

Dopo avere ricordato che la portata della disposizione in oggetto implica che il Governo statale proponga e ponga in essere, previa autorizzazione del Senato, una serie di misure coercitive dirette ad obbligare una Comunità autonoma a correggere condotte ritenute contrarie all'ordinamento costituzionale, spiccano le affermazioni secondo le quali: a) la previsione di strumenti reattivi al mancato adempimento degli obblighi costituzionali da parte degli enti territoriali si situa nella "lógica de todo estado compuesto", a condizione che le misure imposte rappresentino l'ultima *ratio*, "ante la insuficiencia de las

⁵⁸ Se di Dichiarazione d'indipendenza può effettivamente parlarsi, stante la controversa interpretazione del Discorso tenuto dal Presidente catalano Carles Puigdemont in data 10 ottobre 2017. Criticamente, in tema, G. FERRAIUOLO, *Sovranità e territorio*, cit., nonché, con dovizia di particolari, L. FROSINA, *La deriva della Catalogna verso la secessione unilaterale e l'applicazione dell'art. 155 CE*, in *Nomos*, 3, 2017, 2 ss.; A. MASTROMARINO, *La dichiarazione d'indipendenza della Catalogna*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2017, 2.

⁵⁹ A. MASTROMARINO, *op. cit.*, 2; cfr. *Dictamen 14/2017, de 5 de diciembre, sobre la Resolución de 27 de octubre de 2017, de la presidencia del Senado, por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Senado, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución*.

técnicas de integración constitucional y de resolución de conflicto” (nel caso di specie, è mosso esplicito riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 120 e 126 della Costituzione italiana); *b*) in secondo luogo è specificato che l’art. 155 CE costituisce lo strumento di controllo e imposizione statale previsto dalla Costituzione al fine di garantire il rispetto della stessa Carta ad opera dei poteri pubblici e preservare l’interesse generale della Spagna in situazioni materiali considerate di *eccezionale gravità*.

Per poter essere considerata giustificativa dell’applicazione dell’art. 155 CE, la condotta valutata incostituzionale, concludono i membri del Consiglio di garanzie statutarie, sulla base delle poche indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale in argomento, deve essere “manifesta y contumaz, deliberada o negligente y flagrante (DCGE 13/2017, FJ 3.1)”;

c) in terzo luogo, dal *Dictamen* emerge che le misure disposte dallo Stato hanno il dovere di rispettare i principi di gradualità, proporzionalità e temporalità, senza assumere carattere o natura sanzionatoria;

d) in quarto luogo che la ragion d’essere dell’applicazione del menzionato art. 155 risiede proprio nella necessità di affrontare gli esiti sistemici dirompenti connessi alla menzionata Dichiarazione del Presidente catalano, Carles Puigdemont, nella seduta del 10 ottobre del 2017;

e) in quinto e ultimo luogo, per quanto in questa sede di interesse, che le misure autorizzate dal *Pleno* del Senato relative all’attribuzione al Presidente del Governo statale della competenza di decretare lo scioglimento del Parlamento catalano e la convocazione contestuale di nuove elezioni, mediante il *Real Decreto* 946/2017, non costituiscono violazione del contenuto materiale dell’articolo 155 CE, rientrando, da un lato, nell’ambito semanticamente consentito dall’espressione “misure necessarie” e rappresentando, dall’altro, l’opzione “meno lesiva del principio di autonomia politica, tra quelle disponibili”.

9. *Il riemergere del dibattito sulla riforma costituzionale*

Secondo una prospettiva radicale, per certi versi anarchica, la dinamica naturalmente insita nel concetto di utopia (che peraltro tradizionalmente rimanda alle comunità ideali), farebbe sì che solo nella rivoluzione sia possibile concepire una “vita autentica”, mentre l’ordine istituzionale non rappresenterebbe altro che il “cattivo residuo delle rivoluzioni e del-

le utopie in fase di declino”⁶⁰. Secondo tale visione, dunque, il cammino della storia conduce da una realtà esistente, frutto di un’utopia [nel nostro caso costituzionale] ad una successiva utopia [nel nostro caso post-costituzionale]⁶¹.

Adattando tali premesse all’oggetto delle nostre riflessioni diviene possibile verificare che il riscontro della perdita di carica positiva dell’utopia fissata dal Costituente spagnolo rappresenta il principale parametro per valutare quanto sta accadendo in Catalogna.

Se l’imperativo è quello della ricerca di una nuova conformazione della relazione con lo Stato, le critiche alla Carta del ’78 si propongono come specchio riflesso di una realtà sociale almeno in Catalogna poco incline ad assecondare una valorizzazione giurisdizionale del testo costituzionale in via funzionale ad una sua ipotetica, indiretta, ri-legittimazione⁶².

In senso opposto figurano le proposte fondate sulla difesa (seppur critica) dell’ordine costituzionale.

In tale direzione, l’inaudita situazione catalana ha riportato in auge il tema della riforma costituzionale, che, per ragioni ovvie, qualifica in senso molto diverso le strategie di uscita dalla crisi rispetto alle ipotesi centrate sull’attivazione del potere costituente di un popolo catalano omogeneamente inteso.

La premessa indispensabile è infatti rappresentata, in questo caso, dalla raffigurazione della Costituzione come documento ancora in grado di contribuire alla piena democratizzazione della Spagna, in linea con i caratteri del costituzionalismo democratico anche nel delicato ambito, per evidenti ragioni caratterizzanti la storia politica spagnola, della distribuzione territoriale del potere politico, nonostante proprio questo campo sia apparso, sin dall’inizio, assai problematico. La formula dello Stato delle autonomie, pur da ripensarsi a fondo (semmai mediante procedimenti di revisione attivabili su iniziativa delle stesse Comunità autonome, come suggerito dal TC nella STC 42 del 2014), è tuttavia considerata, secondo questa impostazione, elemento imprescindibile della convivenza

⁶⁰ Autorevole dottrina ha da tempo evidenziato che “ciò che in un caso appare utopico o ideologico dipende essenzialmente dallo stato e dalle condizioni della realtà cui si applica questo modello, cfr. K. MANNHEIM, *Ideologia e utopia*, II ed., Bologna 1965, 164 ss.

⁶¹ Cfr. K. MANNHEIM, *op. cit.*, 168.

⁶² Per l’identificazione di alcune tappe dell’evoluzione di senso della Costituzione, nella dottrina italiana cfr., da ultimo, M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in AA.VV., *Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuale”*, cit., 31 ss; M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, *ivi*, spec. 356.

democratica tra i popoli e le nazionalità che definiscono l'unità spagnola (tanto nel presente quanto nel futuro).

Come si accennava, la necessità di correggere alcuni difetti originari del testo e la stigmatizzazione della miopia politica manifestata dal governo centrale e dallo stesso *Tribunal Constitucional* implicano, tuttavia, anche secondo questa prospettiva, un radicale ripensamento del modello, profondamente alterato: *a*) a causa dell'indeterminatezza concernente l'ambito materiale della legislazione c.d. basica ex art. 149.1 CE; e *b*) in ragione della pervasività degli effetti trasversali dei titoli orizzontali ex artt. 13 e 149.1.1. CE⁶³.

Sulla scorta di queste considerazioni, recente dottrina ha dunque proposto una modifica del sistema di distribuzione delle competenze, ipotizzando un assetto basato su di una loro previa definizione funzionale ad opera del testo costituzionale (sgravando contestualmente gli Statuti, destinati a regolare concretamente le materie che potrebbero definirsi residuali), nonché, si aggiunga, su poche competenze concorrenti e sull'introduzione di un principio di sussidiarietà concernente l'esercizio della funzione esecutiva. L'attenzione si è altresì orientata sulla necessità di rivedere la configurazione costituzionale del Senato, da riconfigurare, in funzione cooperativa, secondo il modello del *Bundesrat* tedesco.

Risaltano altresì le proposte indirizzate a ristabilire gli assi portanti della relazione tra Stato e comunità autonome (partecipazione di queste ultime ai processi decisionali di competenza delle istituzioni statali; assetto delle relazioni con l'Unione europea ecc.) che trovano fondamento proprio nella necessità, espressamente menzionata nel Parere del Consiglio di Garanzie statutarie precedentemente richiamato, di garantire, in misura più consona rispetto al passato, l'integrazione delle esigenze territorialmente espresse. Nello stesso senso si muovono le richieste di ripensare le regole generali inerenti alla materia tributaria, nel verso indicato dall'art. 206.3 dello Statuto catalano dichiarato incostituzionale dalla STC 31/2010 (Partecipazione al gettito dei tributi statali e meccanismi di perequazione e solidarietà).

Queste innovazioni, che, sia detto per inciso, influirebbero non poco sulla stessa natura giuridica della fonte statutaria, andrebbero, inoltre, completate mediante l'inserimento in Costituzione di una specifica *clausola catalana*, rivolta ad ampliare le competenze degli organi autonomi-

⁶³ Cfr., in tal senso, M. CARRILLO, *ult. op. cit.*, XXXVII; E. ALBERTÍ ROVIRA, *El blindatge de les competències i la reforma estatutària*, in *Revista catalana de Dret Públic*, 3, 2005, 109 ss.

stici in determinate materie (cultura, istruzione, sanità e amministrazione locale), ridefinire concretamente il sistema di finanziamento della comunità autonoma e di investimento infrastrutturale da parte dello Stato e ripensare il regime linguistico uniformandosi alle indicazioni desumibili dalla giurisprudenza costituzionale.

Il tentativo, conclude la dottrina, è quello di “ringiovanire” la Carta costituzionale, integrando giuridicamente e concretamente il modello territoriale prefigurato dal Costituente del 1978, senza con ciò giungere all’inserzione in Costituzione di regole sulla secessione⁶⁴.

A tali misure, ampiamente condivisibili, andrebbe però forse aggiunto il ripensamento profondo delle evidenti chiusure costituzionali in tema di partecipazione popolare.

Alla luce di quanto si è detto innanzi, nell’attualità ci sembra oltremodo necessario che la Spagna dismetta definitivamente la sua diffidenza nei confronti del modello partecipativo, procedendo alla riforma delle severe regole disciplinanti l’iniziativa popolare delle leggi e prevedendo l’innesco in Costituzione di alcune tipologie referendarie, anche ispirandosi all’esperienza italiana più recente (specie a livello regionale) o ad altre pratiche ampiamente sperimentate in altri Paesi⁶⁵.

10. *Questione catalana e cultura costituzionale*

Se la riforma costituzionale rappresenta un potere costituito funzionale a garantire la continuità nel tempo della Costituzione, consentendo alle diverse generazioni di disporre del potere di adattarne il contenuto in ragione delle istanze percepite e dei bisogni presenti a livello sociale, la rassegna dei fatti e degli eventi succedutesi in Catalogna a partire dalla STC 31 del 2010 rivela il potenziale conflittuale delle dinamiche innestatesi e, soprattutto, le strategie di ri-posizionamento delle diverse forze politiche, desiderose, in armonia con la tradizione indipendentista, di an-

⁶⁴ Cfr. M. CARRILLO, *Reconducir el conflicto*, cit., 46. La necessità impellente di una riforma costituzionale è reclamata da J. PEREZ ROYO, *La reforma constitucional inviable*, Madrid 2015, assai critico sul compromesso costituente, a suo dire imperniato sul riconoscimento costituzionale della Monarchia e sulla conseguente impossibilità di giungere ad una soluzione federale per la Spagna.

⁶⁵ Per una recente disamina cfr. U. ALLEGRETTI, *op. cit.*, 90 ss.; per l’Italia cfr., per tutti, V. DE SANTIS, *La partecipazione democratica nell’ordinamento delle Regioni*, Torino 2013.

tagonismo (di un nemico) e non – riprendendo una celebre definizione di Chantal Mouffe – di agonismo⁶⁶.

In tal senso, proprio avvalorando le ipotesi riformatrici, proseguire ad interrogarsi sui presupposti giuridici del diritto a decidere del popolo catalano, perseverare ad ipotizzare forme più o meno morbide di secessione, magari appellandosi ad esempi comparati tra loro diversissimi (Scozia e Quebec tra tutti), fondati – a differenza di quanto ci consegna la realtà catalana – sulla reciproca legittimazione, ipotizzare che la democrazia referendaria possa sostituire in tutto o in parte le dinamiche rappresentative, rivalutare il mandato imperativo, costituisce a nostro sommo avviso, un'operazione giuridica ed intellettuale di retroguardia; moderna e suggestiva quanto si vuole, forse aperta al senso delle possibilità, ma destinata, pur sempre, ad ostacolare soluzioni democratiche condivise e progressiste di lungo periodo⁶⁷.

Al contrario, l'abbandono delle pretese normative veicolate dal *dret a decidir* diviene, oggi, una premessa teorica fondamentale per: *a*) riaprire il discorso sulla revisione in senso progressista del testo del 1978, come richiesto a gran voce dalla dottrina e da gran parte dell'opinione pubblica spagnola e catalana; *b*) ridare forza e vigore alla Costituzione recuperandone la perduta legittimità in territori storici; *c*) individuare le cause e le responsabilità della mancata attuazione del sistema di distribuzione territoriale del potere ipotizzato dal Costituente⁶⁸.

Un'ultima notazione.

Che il diritto a decidere rappresenti un rischio o una possibilità ricercata e consapevole dipende, come è ovvio, dalle prospettive culturali, sociali, politiche e giuridiche impiegate.

Se si fa riferimento – come noi preferiamo – al nesso rappresentanza/ordine democratico dell'autorità (che peraltro, si aggiunga, presuppone l'autonomia come condizione ineludibile della democrazia), le tendenze *decidenti* emerse in Catalogna possono essere rappresentate come

⁶⁶ Cfr. C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, (1952) ora in ID., *Raccolta di scritti*, II, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano 1972, 14 ss.; G. SILVESTRI, *Il potere costituente*, cit., 525. Sulla relazione agonismo/antagonismo cfr. C. MOUFFE, *Il conflitto democratico*, Roma 2015, 145.

⁶⁷ Sulla portata teorica della secessione seguono attuali le considerazioni di C. DE FIORES, *Secessione e forma di Stato*, in C. DE FIORES, D. PETROSINO, *Secessione*, Roma 1996, spec, 95 ss. Ancora, di recente, C. DE FIORES, *Secessione e costituzionalismo. Alle origini di un dibattito ancora attuale*, in *Istituzioni del federalismo*, 4, 2014, 998 ss.

⁶⁸ Cfr. M. CARRILLO, *op. cit.*, 45; L. PAREJO ALFONSO, *Cataluña o el emplazamiento a repensar la estructura estatal de nuestra convivencia*, ivi, 70; J. PEREZ ROYO, *op. cit.*, *passim*.

rischiose, ovvero dannose e pericolose per la sopravvivenza del costituzionalismo (e dell'autonomia stessa come condizione plausibile dell'autodeterminazione)⁶⁹.

Se, al contrario, si intende l'ordine democraticamente costituito come una costrizione delle pulsioni democratiche, come in alcune radicali teorizzazioni del potere costituente, è evidente che la Catalogna abbia, negli ultimi anni, espresso un'avanguardia e che le rivendicazioni indipendentiste non rappresentino l'obiettivo, bensì lo strumento utile per discutere l'attualità dei principi e delle regole improntate al costituzionalismo, nel presupposto di una crisi radicale del consenso intorno ad essi⁷⁰.

Al fine di contrastare involuzioni interpretative del senso storico, sociale e politico del costituzionalismo, di agire in sua difesa, di obiettare ad interpretazioni tendenti a qualificarlo come "dottrina giuridica che conosce solo il passato", come "referenza continua al tempo trascorso, alle potenze consolidate e alla loro inerzia, allo spirito ripiegato", in ciò contrapposto ad un potere costituente "forte e futuro", occorre però che l'ordine sia *effettivamente* democratico⁷¹.

A tal fine – particolarmente rilevante nel caso di specie – occorre che anche l'autonomia politica *dei* territori e *nei* territori sia tale e, verrebbe da dire, praticabile.

Il senso, i limiti e la misura di questa praticabilità non possono, tuttavia, che essere rimessi, come ritenuto da autorevole dottrina, alla valutazione dei cittadini, dei governati, in via previa e funzionale rispetto a modifiche del testo costituzionale⁷². La questione – come è ovvio – ripropone l'argomento della legittimità/illegittimità di un referendum all'interno delle Comunità autonome finalizzato all'avvio di un'iniziativa

⁶⁹ Cfr. nota 29. In tema, per un generale inquadramento teorico, cfr. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., *passim* e, da ultimo, B. DE GIOVANNI, *Kelsen e Schmitt*, cit., 217 ss.

⁷⁰ Cfr. G. PISARELLO, *op. cit.*, *passim*, nonché G. AMENDOLA, *Costituzioni precarie*, Roma, 2016. Secondo una traiettoria puntualmente descritta, in termini generali, da G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno*, cit., 173 e ora ribadita, in termini se possibile ancor più critici da B. DE GIOVANNI, *Kelsen e Schmitt*, cit., 217.

⁷¹ Cfr. A. NEGRI, *op. cit.*, 18; H. HELLER, *op. cit.*, 383: "Il concreto esserci (*Dasein*) ed esser-così (*Sosein*) dello Stato si danno soltanto con la modalità determinata dell'essere-in-ordine ed essere -in-forma della realtà sociale".

⁷² Cfr. F. RUBIO LLORENTE, *Un referéndum para Cataluña*, in *El País*, 8 ottobre 2012, che pur dimostrandosi favorevole ad un referendum consultivo previo alla possibile iniziativa di revisione della Comunità autonoma in materia di secessione, ritiene in ogni caso la strada della riforma l'estrema *ratio*.

di revisione costituzionale avente ad oggetto, stante l'assenza di limiti materiali, la secessione (ripreso dal TC nella STC n. 42 del 2014).

L'oscillante giurisprudenza costituzionale, le divisioni riscontrabili in dottrina, la delicatezza del tema, impongono, tuttavia, che anche questo profilo costituisca oggetto di previa trattativa in sede politica⁷³.

⁷³ In argomento cfr. G. FERRAIUOLO, *Tribunal Constitucional y cuestión nacional catalana. El papel del juez constitucional español. Entre la teoría y la práctica*, in J. CAGIAO Y CONDE, G. FERRAIUOLO (a cura di), *El encaje constitucional del derecho a decidir*, cit., il quale ricorda la STC n. 31 del 2008 che escludeva, a differenza di quanto lascerebbe intendere la STC n. 42 del 2014, la possibilità "de convocar un referendun popular sobre iniciativas destinadas a canalizarse en el procedimiento de reforma constitucional".

L'ATTIVITÀ DI PROGRAMMAZIONE
COME PRESUPPOSTO
DI DECISIONI AMMINISTRATIVE

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La programmazione come fase necessaria nel processo decisionale. – 3. Il ruolo della programmazione nella azione amministrativa. – 4. La funzione di programmazione e le sue manifestazione fra programmi e piani. – 5. La indefettibilità della programmazione interna nelle pubbliche amministrazioni. – 6. La forza cogente della programmazione esterna. – 7. La discrezionalità “programmatoria”. – 8. Le garanzie procedurali nell’attività di programmazione: partecipazione, accesso e motivazione. – 9. La stabilità delle decisioni programmatiche, la tutela del legittimo affidamento e gli effetti dell’annullamento. – 10. La programmazione come presupposto e l’invalidità derivata. – 11. La patologia della programmazione e degli atti esecutivi: violazioni, elusioni e omissioni. – 12. Conclusioni.

1. *Considerazioni introduttive*

La programmazione e il suo ruolo nel processo decisionale delle pubbliche amministrazioni è di sicura rilevanza e attualità ancorché affrontare tale tema possa rischiare di evocare stagioni ritenute fallimentari e oramai abbandonate dagli anni '70 dell'intervento dei poteri pubblici nel campo economico e finanziario nazionale.

La rilevanza del momento programmatico nell'ambito dell'esercizio dell'attività amministrativa si può cogliere allorché si rifletta sulla semplice ed efficace affermazione di Giannini che si trova in una nota finale del volume “Il pubblico potere”¹: “in amministrazioni pianificate si vive meglio”. Ma, riflettendo, ci si pongono alcune domande fondamentali: chi vive meglio e perché si vive meglio? Quali sono i vantaggi della programmazione/pianificazione? I due termini, pianificazione e programmazione per il momento verranno utilizzati in modo indifferenziato, poiché si ri-

¹ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna 1986, 140.

conosce la loro comune matrice logica, anche se è chiaro che nel mondo giuridico piani e programmi corrispondono a differenti categorie di atti.

In una amministrazione pianificata o programmata², sono i cittadini, innanzitutto, a vivere meglio poiché i loro interessi sono curati da interventi programmati (perciò conosciuti preventivamente), sulla base di una adeguata analisi e valutazione dei loro bisogni. Vivono meglio anche gli amministratori e i dirigenti i quali dispongono di direttive che indicano gli obiettivi da raggiungere e sulla base delle quali esercitano le proprie funzioni e i cui risultati sono sottoposti ad adeguati controlli. Vivono meglio gli operatori economici e gli imprenditori che hanno quadri di riferimento stabili per operare e programmare i propri investimenti. Dunque, curare adeguatamente gli interessi della collettività in un quadro di stabilità e certezza di obiettivi (funzione che è propria di ogni attività programmatoria) è l'essenza della buona amministrazione³. È buona amministrazione, infatti, quella che imposta la propria attività su programmi elaborati in conformità agli obiettivi da raggiungere e che rispetta quanto programmato.

Occorre, quindi, approfondire il ruolo della fase programmatoria come fattore di prefigurazione e di anticipazione delle scelte dei pubblici poteri e, in quanto tale, come fattore di limitazione o di conformazione della successiva attività amministrativa⁴, nonché occorre analizzare le conseguenze che la violazione, l'elusione o l'omissione della programmazione ha sulla successiva attività amministrativa.

Tale riflessione è di estrema rilevanza allorché si consideri che l'attività di programmazione e/o pianificazione caratterizza ampi settori dell'agire pubblico, sia qualora abbia rilevanza meramente interna sia qualora abbia la forza di connotare, in vario modo, le attività private (si pensi alla prima e fondamentale attività di programmazione che è quella della legge di bilancio; alla programmazione strategica dei ministeri; a quella del fabbisogno di personale pubblico; alle programmazioni in materia di

² E. FORSTHOFF, considerando l'attività di programmazione come modo di esplicitarsi della funzione amministrativa (*planende Verwaltung*), la contrapponeva alla amministrazione di prestazione e a quella autoritativa (*Trasformazioni strutturali della democrazia moderna*, in A. Mangia (a cura di), *L'ultimo Forsthoff. Scritti (1961-1969) di E. Forsthoff su Costituzione ed amministrazione tradotti e commentati*, 145 ss.

³ G. ABBAMONTE, *Programmazione economica e pianificazione territoriale*, in *Enc. Dir.*, agg. II, 1998, 796 ss. Per l'Autore ogni buona amministrazione è una amministrazione per programmi e proprio mentre si amministra si possono cogliere le più significative esperienze da utilizzare per programmare quanto successivamente si dovrà fare.

⁴ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. VI, 2002, 79.

acquisti da parte delle pubbliche amministrazioni; a quelle per soddisfare i livelli essenziali delle prestazioni sanitarie; a quelle che riguardano il territorio, l'ambiente e la difesa del suolo). Non solo, ma è la logica programmatica a costituire il filo rosso che lega le politiche comunitarie a quelle nazionali: la legge di stabilità deve tener conto delle indicazioni comunitarie; la programmazione dei fondi strutturali comunitari è strettamente connessa alle politiche pubbliche nazionali in svariati settori (un esempio è la programmazione in materia di realizzazioni delle reti TEN).

Nell'attività di governo si è creato un vero ciclo integrato di pianificazione strategica e di bilancio che influenza a cascata le programmazioni degli enti locali (programmazioni regionali) e, a loro volta, queste programmazioni sono influenzate da quelle comunitarie. La logica della programmazione, quindi, si inserisce in maniera rilevante negli schemi della *multilevel governance* sia a livello comunitario sia, sempre di più, a livello globale.

Pur nella consapevolezza della difficoltà di operare generalizzazioni, poiché in ogni settore l'attività di programmazione può assumere connotati peculiari, si può affermare che essa è espressione della razionalità dell'agire amministrativo e può considerarsi emanazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. e delle sue declinazioni codificate anche dalla legge 241/1990⁵. Tali principi sono il cardine dell'azione amministrativa e, quindi, condizione dello svolgimento ordinato della vita sociale⁶.

Ugualmente, il principio di programmazione può trovare ancoraggio, quanto alla politica economica e finanziaria dello Stato sia nel primo comma dell'art. 97 Cost. sia nell'art. 81 Cost. che, nel prevedere il principio di legalità delle spese pubbliche, esige una disciplina orientata alla programmazione e al conseguente controllo delle stesse. Peraltro, la

⁵ Sul principio di buona amministrazione si veda di recente S. CASSESE, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, relazione tenuta al Convegno APIDA 2016, *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, in www.dirittoamministrativo.org, il quale rileva che il principio di buona amministrazione, codificato sia dal diritto nazionale sia da quello comunitario, anche con riferimento alla buona gestione finanziaria, è diventato diritto. La norma sulla buona amministrazione non è norma programmatica ma disposizione che crea una situazione giuridica soggettiva a cui corrisponde un obbligo per la pubblica amministrazione, per cui da norma di azione è divenuta norma di relazione. Ed ancora, recentemente, R. URSI, *Le ragioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini 2016; A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficienza ed efficacia*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, 2016, 41.

⁶ Corte costituzionale, 9 dicembre 1968, 123, in *Giur. Cost.*, 1968, 2151.

Costituzione prevede espressamente la pianificazione all'art. 41, comma 3 (la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali); art. 44 (proprietà fondiaria, anche attraverso la previsione dell'utilizzo razionale de suolo); art. 47 (credito). E se si scorre l'art. 117 Cost. molte delle materie attribuite alla potestà legislativa concorrente sono soggette a vario titolo ad attività di pianificazione e programmazione (tutela dell'ambiente, governo del territorio, tutela della salute, istruzione, grandi reti di trasporto). Il principio di pianificazione, quindi, permea la Costituzione⁷.

Il ragionamento in tale senso deve partire dalla generale premessa di considerare l'attività di programmazione o pianificazione come strumento ideologicamente neutro.

La complessità dell'argomento è data anche dalla circostanza che la programmazione è concetto polisenso⁸: talvolta è stata considerata come "una tecnica"⁹ o un metodo generale dell'azione amministrativa¹⁰, altre volte è stata identificata come principio generale o come funzione, attività¹¹.

A dire il vero tutte queste attribuzioni risultano corrette, poiché rivelano differenti approcci allo studio della programmazione: se la si considera tecnica o metodo, prevarrà la prospettiva dello studio inerente la scienza dell'organizzazione e la teoria delle decisioni in ambiti differenti da quello giuridico, laddove la definizione come principio, funzione o attività ne mettono in risalto la prospettiva prettamente giuridica.

È però chiaro che uno studio sul ruolo della programmazione nella teoria dell'azione amministrativa non può prescindere da alcune considerazioni di carattere generale che rinviano alle richiamate discipline extragiuridiche.

⁷ A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano 1963, 91.

⁸ R. FERRARA, *La programmazione "negoziata" fra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 1999, 429.

⁹ S. AMOROSINO, *I procedimenti di programmazione degli interventi straordinari nel Mezzogiorno: profili organizzatori e precettivi*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, vol. III, Milano 1988, 28.

¹⁰ G. AMATO, *La programmazione come metodo dell'azione regionale*, in *Riv. it. dir. pubbl.* 1971, 413.

¹¹ P. PORTALURI, *Il principio di pianificazione*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 462.

2. La programmazione come fase necessaria nel processo decisionale

In generale, la programmazione si pone come stadio logico dell'agire razionale dell'uomo nelle sue relazioni sociali. Infatti, ogni scelta presuppone una prefigurazione delle finalità e degli obiettivi che si intendono raggiungere per predisporre i mezzi idonei a raggiungerli e per controllare i risultati. Programmare, secondo la celebre definizione di Luhmann, è "decidere sulle decisioni"¹², secondo un disegno ordinato di condotte future¹³.

Da questo punto di vista il concetto di programmazione richiama quello di ordine, ordinamento e, in ultima analisi di diritto, inteso come insieme di raccordi razionali e di coerenza complessiva; tanto che lo stesso Carnelutti, nel definire l'attività di pianificazione, ha affermato in via generale che "tutto il diritto è pianificazione"¹⁴.

Questa definizione è stata sottoposta a critica per eccessiva genericità da chi ha diffusamente studiato gli istituti legati alla pianificazione/programmazione economica. In particolare, Predieri¹⁵ ritiene vi siano due moduli definitori del fenomeno programmatorio. Un primo, appunto più generico, volutamente utilizzato fino a questo momento, ossia programmazione come "precisione di fini e predisposizione di mezzi per consentirli". Un secondo, più articolato, come "sistema di organizzazione economica in cui individui, imprese sociali individuali o collettive vengono considerati come unità coordinate di un tutto unico al fine di utilizzare le risorse disponibili e di raggiungere il massimo soddisfacimento dei bisogni di una collettività entro un certo periodo di tempo"¹⁶ oppure "un metodo di interventi nella realtà economica sistematici e coerenti che consente di convogliare le attività economiche verso fini prestabiliti"¹⁷.

L'illustre Autore, però, rilevava che in tutti i tipi di definizione esiste un elemento su cui si concorda: pianificare è porre dei fini, operare del-

¹² N. LUHMANN, *Stato, diritto e sistema sociale*, Napoli 1978, 133.

¹³ M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1989, 284.

¹⁴ F. CARNELUTTI, *La pianificazione economica e i diritti della persona umana*, in *Quaderni di Justitia*, 6, Roma 1955.

¹⁵ A. PREDIERI, *Pianificazione*, cit., 103.

¹⁶ L.L. LORWIN, *Word economic planning. Addendum*, The Hague, 1931.

¹⁷ G.G. GRANGER, *Methodologie économique*, Paris 1955, 373; C. NAPOLEONI, *Il problema della programmazione in Italia*, in *La rivista trimestrale*, 1962, 701 secondo il quale si ha programmazione quando gli interventi nel sistema economico pure differenti possono essere considerati come aspetti di un unico intervento in modo che ogni singolo intervento possa essere ricondotto e discendere da un principio che tutti gli unifica.

le scelte e coordinare le attività predisposte al raggiungimento di quello scopo¹⁸.

Se la programmazione si manifesta in “disegni ordinati di condotte future”, tali disegni sono contenuti in atti idonei a produrre effetti giuridici nei confronti del soggetto che li adotta o di altri soggetti. Emerge, dunque, che l’attività di programmazione, con la sua capacità ordinante può svolgere un ruolo significativo nella necessaria ricerca di una sistematicità e razionalità, anche in chiave di certezza del diritto, dell’azione dei pubblici poteri¹⁹.

Anche dalla definizione strutturale della programmazione emerge la complessità di tale funzione²⁰. Infatti, sono state individuate tre fasi della programmazione che consistono nella determinazione degli obiettivi fra loro compatibili e valutazione delle strategie alternative per il loro conseguimento (fase decisionale), nella indicazione delle risorse, dei centri di responsabilità, dei procedimenti e dei tempi di attuazione (fase di attuazione) e nella misurazione e valutazione dei risultati (fase del controllo).

Gli studi di scienza dell’amministrazione pongono la pianificazione come primo dei compiti del decisore politico/amministrativo che è, o dovrebbe essere, innanzitutto decisore razionale. Il “planning” è presupposto per le successive attività facenti parte del processo decisionale (Planning, Organizing, Staffing, Directing, Coordinating, Reporting, Budgeting²¹).

La fase della programmazione è essenziale in qualsiasi processo di formulazione delle politiche pubbliche laddove gli obiettivi dovrebbero essere espliciti, chiari, non contraddittori, gerarchizzati, espressi in termini di risultati attesi; attraverso la programmazione si dovrebbero approntare mezzi quantitativamente adeguati e qualitativamente idonei

¹⁸ M. S. GIANNINI, *La programmazione dal punto di vista giuridico*, ora in *Scritti*, vol. VI, Milano 2005, 1091 il quale sosteneva che da questo punto di vista la programmazione, prima che in sede giuridica, ha rilevanza nella scienza dell’amministrazione e nelle scienze aziendalistiche, essendo un’attività di amministrazione ovvero l’amministrazione medesima.

¹⁹ Sulla rilevanza del principio di certezza del diritto, di buona amministrazione e di legittimo affidamento nella evoluzione dell’attività amministrativa si veda M.A. SANDULLI, *Il codice dell’azione amministrativa: il valore dei suoi principi e l’evoluzione delle sue regole*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano 2016, 4.

²⁰ M. CARABBA, *Programmazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XII, 1997, 35.

²¹ L. GULIK, *Notes on the theory of organisation*, in L. Gulik, L.F. Urwik, *Papers on the science of Administration*, New York 1937; F.C. MOSCHER, S. CIMMINO, *Elementi di scienza dell’amministrazione*, Milano 1959.

al perseguimento di quegli obiettivi²². Da ciò deriva che con una cattiva programmazione anche una ingente quantità di mezzi finanziari non sarebbe sufficiente ad assicurare il successo della *policy* pubblica²³. Nella sostanza per progettare una *policy* si dovrebbe avere una teoria causale circa i fattori che producono il problema e una seconda teoria causale circa i mezzi idonei per risolverlo. E gli atti di programmazione, prefigurativi di decisioni e soluzioni devono essere adottati attraverso procedure nitide con le quali sia possibile rendere più facile il passaggio dalle prescrizioni generali al concreto provvedere.

Queste costruzioni relative alle politiche pubbliche sono tributarie delle teorie organizzatorie che si occupano in generale dei processi decisionali e, in particolare, di quelle che si identificano con le teorie della decisione razionale²⁴: la decisione è scelta della

²² A. LA SPINA, E. ESPA, *Analisi e valutazione delle politiche pubbliche*, Bologna 2011, 19.

²³ La *policy* si concretizza in un'attività posta in essere da un soggetto provvisto di potere pubblico e di legittimazione che viene elaborata per rispondere a una domanda sociale o per prevenire una domanda sociale, che si dipana lungo una serie di fasi di cui quella iniziale è rappresentata dalla formulazione della soluzione del problema posto dalla domanda sociale così come emerge dalla aggregazione delle preferenze espresse dai soggetti che compongono il corpo sociale. E gli atti di programmazione, prefigurativi di decisioni e soluzioni, devono essere adottati attraverso procedure nitide con le quali sia possibile rendere più facile il passaggio dalle prescrizioni generali al concreto provvedere (A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, in M. IMMORDINO, A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino 2004, 93).

²⁴ F.P. RAMSEY, *Truth and Probability*, in *The Foundations of Mathematics and Other Logical Essays*, London-New York 1988, 193; B. DE FINETTI, *Teoria della probabilità*, Torino 1970; J.L. SAVAGE, *The Foundations of Statistics*, New York, 1971; sulla teoria dei giochi J. VON NEUMANN, O. MORGESTERN, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton 1944; D. LINDLEY, *Making Decisions*, London 1971; J. ELSTER, *Ulysses and the Sirens. Study in Rationality and Irrationality*, Cambridge 1979. In filosofia la decisione è una scelta, il "momento conclusivo della deliberazione nel quale si determina l'impegno verso una delle alternative possibili, composto da volontà e giudizio", N. ABBAGNANO, *Decisione*, in *Dizionario di filosofia*, Torino 1964, 205. Il decisore razionale è colui il quale opera una scelta sia sulla base delle proprie preferenze ma comunque solo dopo essere aver ottenuto tutte le informazioni relative al problema da risolvere. In questo modo egli è in grado di formulare le possibili alternative e di valutare comparativamente le conseguenze che da tali alternative possano derivare in modo da poter addivenire alla soluzione migliore. Alla base però di questo processo vi è la realizzazione di un ordine di priorità dei valori e dei conseguenti obiettivi del decisore; conoscenza di tutti i mezzi possibili per raggiungere gli obiettivi; valutazione delle conseguenze, relativamente all'obiettivo perseguito, di ciascun mezzo alternativo; calcolo dei costi impliciti nella scelta di un'opzione specifica; scelta del mezzo che assicura la massimizzazione dei benefici minimizzando i costi. La logica della pianificazione democratica con specifico riferimento alla programmazione per obiettivi, all'analisi costi benefici ed alla progettazione è ispirata proprio a questa visione della

soluzione migliore in assoluto e più vantaggiosa anche dal punto di vista economico²⁵.

Questa impostazione della semplice adeguatezza dei mezzi ai fini ha avuto un ruolo importante nella concezione weberiana dell'amministrazione e delle organizzazioni burocratiche come apparati perfettamente razionali sempre caratterizzati da prevedibilità, calcolabilità ed impersonalità²⁶.

Alle impostazioni che fondano la decisione razionale sul presupposto della infallibilità e dell'onniscienza del decisore sono da preferire, ai fini della applicazione ai processi decisionali delle pubbliche amministrazioni, quelle che si fondano sulla teoria della razionalità limitata²⁷. Secondo questa impostazione, il comportamento del soggetto che decide si caratterizza per il possedere alcuni elementi di incoerenza, l'uomo "non avendo la possibilità di massimizzare, ricerca una soluzione sufficientemente buona"²⁸. Tale scelta si può concretizzare anche senza la necessaria analisi di tutte le possibili alternative e senza doversi assicurare che queste realmente costituiscano le uniche opzioni possibili anche perché spesso l'esame di tutte le possibili soluzioni è reso difficoltoso dalla carenza di tempo (il tempo, infatti, è risorsa scarsa). La scelta, quindi, sarà indi-

razionalità decisionale (F. RANIOLO, *La prospettiva della "policy analysis": il ciclo di vita delle politiche*, in R. D'AMICO (a cura di), *L'analisi della pubblica amministrazione. Teorie, concetti e metodi*, Milano 2004, 407).

²⁵ F. RANIOLO, *op. cit.*, 406, il modello al quale questa teoria si ispira è "quello dell' homo economicus che tende a massimizzare la propria funzione di utilità. Più esattamente il modello razionale sinottico aspira alla massimizzazione delle preferenze dei decisori entro vincoli dati (ottimizzazione) e all'ampiezza e completezza delle informazioni necessarie (sinossi o comprensività)".

²⁶ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli 1997, 137, nota 134. In termini generali si può richiamare la concezione weberiana delle forme di agire sociale per la quale: "Come ogni agire, anche l'agire sociale può essere determinato: 1) in modo razionale rispetto allo scopo – da aspettative dell'atteggiamento di oggetti del mondo esterno e di altri uomini, impiegando tali aspettative come condizioni o come mezzi per scopi voluti e considerati razionalmente, in qualità di conseguenza; 2) in modo razionale rispetto al valore – dalla credenza consapevole nell'incondizionato valore in sé – etico, estetico, religioso, o altrimenti interpretabile – di un determinato comportamento in quanto tale, prescindendo dalla sua conseguenza; 3) affettivamente – da affetti e da stati attuali del sentire; 4) tradizionalmente – da un'abitudine acquisita", M. WEBER, *Economia e società*, vol. 1: *Teoria delle categorie sociologiche*, trad. it. Milano 1999, 21.

²⁷ H.A. SIMON, *Administrative Behavior*, New York 1957, II ed., trad. it. a cura di S. Cimmino, *Il comportamento amministrativo*, Bologna 1979, 43 e ss.

²⁸ H.A. SIMON, *Administrative behavior*, cit., 24.

viduata non nella soluzione astrattamente migliore ma nella soluzione maggiormente soddisfacente il bisogno del decisore.

Anche secondo la teoria della razionalità limitata “ogni decisione determina la scelta di un fine ed un comportamento per esso rilevante e questo fine può, a sua volta, essere intermedio rispetto ad altro fine più lontano, fino a quando un obiettivo relativamente finale non sia raggiunto”²⁹. È di tutta evidenza che per la determinazione del fine, la programmazione sia fase imprescindibile in tale processo decisionario.

Il decisore razionale, quindi, opera la scelta sulla base dei valori e degli obiettivi prestabiliti, che soddisfano le proprie preferenze e dopo avere ottenuto le informazioni relative al problema da risolvere³⁰. In questo modo egli è in grado di formulare le possibili soluzioni alternative e di valutarne comparativamente le conseguenze in modo da poter adottare la decisione migliore sulla base di un ordine di priorità di valori e di obiettivi da perseguire. Il decisore, per operare in tal modo, deve conoscere di tutti i mezzi possibili per raggiungere gli obiettivi; valutare delle conseguenze di ciascun mezzo alternativo, con riferimento all'obiettivo perseguito; calcolare i costi di ciascuna opzione; scegliere il mezzo che assicura la massimizzazione dei benefici con il minore costo³¹.

In questo contesto la programmazione/pianificazione, diviene metodo di azione ed è stato oggetto di studio da parte di una specifica disciplina, la “planologia”, che si occupa della definizione e dell'elaborazione delle tecniche e degli strumenti di programmazione con un approccio multidisciplinare³².

Tale processo di decisione caratterizza anche il modo di operare delle pubbliche amministrazioni che per definizione si devono annoverare fra i decisori razionali.

²⁹ H.A. SIMON, *Administrative behavior*, cit., 47.

³⁰ L. GULIK, *Notes on the theory of organisation*, in L. Gulik, L.F. Urwik, *Papers on the science of Administration*, New York 1937 il quale pone la pianificazione come fase necessaria del processo decisionale (Planning Organizing, Staffing, Directing, Coordinating, Reporting, Budgeting); F.C. MOSCHER S. CIMMINO, *Elementi di scienza dell'amministrazione*, Milano 1959.

³¹ F. RANIOLO, *La prospettiva della “policy analysis: politiche pubbliche e policy making*, in R. D'AMICO (a cura di), *L'analisi della pubblica amministrazione. Teorie, concetti e metodi. Vol. II. Prospettive di analisi per le amministrazioni pubbliche*, Milano 2012.

³² J. M. DE CASSERES, *Principles of planology*, in *Town Planning Review*, 1937, 2, 104; F. ARCHIBUGI, *Introduzione alla pianificazione strategica in ambito pubblico*, Roma 2002.

3. *Il ruolo della programmazione nella azione amministrativa*

3.1. Ogni il discorso che riguarda l'attività amministrativa come processo decisionale razionale non può prescindere dalla considerazione che la razionalità, declinata come ragionevolezza e logicità, ha costituito da sempre l'antidoto contro il dispotismo e contro l'arbitrio del potere pubblico. È stato chiarito, infatti, che con il principio di legalità, la razionalità esce dalla "filosofia dello Stato" per entrare nel diritto positivo e, in particolare, nel diritto amministrativo³³. La razionalità dell'agire della pubblica amministrazione è divenuta poi dovere costituzionale tramite il principio del buon andamento.

Dalla classificazione della attività sugli stadi logici nei quali si concretizza, emerge che la fase della programmazione/progettazione (solitamente spettante agli organi di indirizzo) è indispensabile in qualunque caso e che questa è propedeutica alla realizzazione, alla esecuzione e alla valutazione dei risultati³⁴. Si può considerare tale classificazione come la traduzione in termini giuridici di quanto è emerso dagli studi di scienza dell'amministrazione.

L'aspetto più interessante del rapporto fra programmazione e decisione è quello legato all'indagine sugli effetti giuridici dell'attività programmatoria sulla successiva azione amministrativa. Di regola, l'attività programmatoria si svolge in quella fase intermedia che si colloca fra il disporre e il provvedere, laddove vengono adottati gli indirizzi generali dell'azione amministrativa, al tempo stesso, però, la programmazione, consiste in qualche cosa di più del semplice indirizzo generale, come si avrà modo di rilevare in seguito.

Sempre più frequentemente accade che siano le norme a devolvere alla fase programmatoria il compimento di scelte fondamentali che inevitabilmente condizionano, in alcuni casi conformandole, le successive attività delle pubbliche amministrazioni.

La fase programmatoria si estrinseca in attività che non si possono considerare meramente interne al procedimento di formazione della decisione finale³⁵. Il programma non è atto endoprocedimentale ma è atto presupposto esterno delle decisioni.

³³ F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità. Una convivenza necessaria ma cangiante*, in *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna 2012, 63.

³⁴ F.G. COCA, *Attività amministrativa*, cit., 79.

³⁵ A.M. SANDULLI, *Appunti per un studio dei piani regolatori*, ora in *Scritti giuridici*, vol. VI, *Diritto urbanistico*, Napoli 1990, 155, a proposito della pianificazione territoriale

Il problema è chiarire quanto della scelta di merito delle pubbliche amministrazioni venga anticipato nella fase della programmazione e quanto, invece, venga lasciato al successivo procedimento amministrativo e ai puntuali atti amministrativi esecutivi di programmi.

3.2. Prima di affrontare tali problemi, occorre definire il quadro di contorno nel quale si cala l'attività di programmazione come presupposto di decisioni, senza peraltro dimenticare che la programmazione non solo è rilevante nella teoria dell'azione ma anche in quella della organizzazione amministrativa. Il concetto di programmazione strategica viene utilizzato, infatti, anche per indicare una nuova relazione organizzativa in grado di superare o meglio integrare la tradizionale "direzione" per configurare il rapporto tra politica e amministrazione, tra organi di governo e dirigenti³⁶.

L'attività di programmazione/pianificazione e gli atti che ne sono espressione possono essere manifestazioni di esercizio di poteri differenti rispetto a quelli di cui sono espressione le decisioni puntuali conseguenti alla programmazione. E ciò, come è stato chiarito da Guarino³⁷, pone il tema della complessità della realtà amministrativa nonché della complessità della gestione del "problema amministrativo", per dirla come Ledda. Infatti, la cura dell'interesse pubblico non avviene più secondo una sequenza lineare che si snoda lungo un singolo iter procedimentale ma passa sempre più spesso attraverso una pluralità di azioni, poste in essere da soggetti differenti, che concorrono a realizzare un disegno unitario rispetto al fine³⁸.

di coordinamento, affermava gli atti di pianificazione sono provvedimenti e non atti interni che anche se destinati ad amministrazioni: hanno il duplice effetto di creare vincoli alla proprietà privata e di creare oneri in capo alla pubblica amministrazione che si deve conformare alle prescrizioni pianificatorie. Inoltre, essendo atti che non esauriscono la loro efficacia all'interno dell'ordinamento dell'amministrazione in quanto hanno di mira la cura di interessi collettivi, deriva che anche i privati possano farne valere, tanto in sede amministrativa quanto in sede giurisdizionale, l'eventuale trasgressione a opera delle autorità preposte alla pianificazione comunale.

³⁶ M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Torino 2001. Si veda anche R. LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo*, Milano 2003, in particolare 166 e ss.

³⁷ G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano 1994, 193, per il quale la programmazione in quanto postula un insieme coordinato di interventi si risolve in un procedimento di procedimenti con rilevanti riflessi in tema di vincolatezza della programmazione sulle decisioni future.

³⁸ L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino 2002.

Il ruolo della programmazione nel processo decisionale può valutar-si nella prospettiva della operazione amministrativa³⁹. In questo senso è significativo quel filone dottrinale che considera l'attività amministrativa sia come attività rivolta a "fare l'atto" sia come insieme di atti individuato dal riferimento all'obiettivo⁴⁰. Questa prospettiva segna il passaggio dalla teoria del provvedimento a quella della decisione amministrativa, laddove, procedimento e provvedimento finale sono passaggi, fondamentali, della risoluzione del problema amministrativo.

L'attenzione si sposta, dunque, dal singolo procedimento amministrativo alla complessa attività amministrativa necessaria per raggiungere un risultato concreto⁴¹ nel rispetto del principio di legalità⁴² e di legit-

³⁹ A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino 2004, 7. Si parla di razionalità operativa della amministrazione. Peraltro, l'amministrazione deve volere il risultato ed è su ciò che deve informare la propria azione. Ma l'Autore rileva che questa necessità della predeterminazione del risultato ai fini della concreta valutabilità dell'azione umana in relazione ad esso è un'esigenza egualmente immanente ad ogni ramo dell'ordinamento. L'ottica dell'operazione amministrativa, che è stata utilizzata per inquadrare correttamente gli istituti di coordinamento infrastrutturale, (si pensi alle conferenze di servizi), sembra essere adatta anche a spiegare il potenziale nesso condizionante dell'attività di programmazione sulle successive decisioni amministrative (si veda D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli 2005).

⁴⁰ Dalla teoria del provvedimento a quella della decisione, si veda F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, in *Atti del XXX Convegno degli studi Varenna 1984*, Milano 1987; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli 1997.

⁴¹ F.G. COCA, *Attività amministrativa*, cit., 84; D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli 2005; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino 2003; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1. Sulle innovative declinazioni del concetto di funzione amministrativa si vedano L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli 2005; M.R. SPASIANO, *La funzione amministrativa. Dal tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2014, 297. In quest'ottica, una interessante chiave di lettura è fornita da quella dottrina che rinviene nell'atto di programmazione che pone obiettivi e risultati, il fondamento normativo del risultato e ciò serve a ricondurre anche tale teorica all'interno di una lettura non incompatibile con in principio di legalità e la sua più evoluta declinazione (S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrazioni*, in M. IMMORDINO, A. POLICE, (a cura di), *op. cit.*, 47.)

⁴² M.A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 230, afferma che *non si può parlare di risultati (garanzia di risultati, responsabilità dei risultati) se non si hanno e non si danno degli obiettivi chiari e definiti, di cui sia possibile non solo agli operatori e agli interlocutori, ma anche alla collettività, verificare l'effettivo*

timità dell'azione amministrativa fermo restando che “nel tradizionale conflitto libertà-autorità vi è una funzione distributiva”, ossia l'attività amministrativa comporta la distribuzione di pesi e vantaggi essendo limitate le risorse disponibili⁴³. Concetto utile nell'approccio al tema della programmazione nella quale si concretizza la scelta dell'allocazione delle risorse per l'attuazione delle finalità pubbliche.

La tensione verso il raggiungimento del risultato migliore significa tensione verso la migliore soddisfazione dell'interesse pubblico e l'interesse pubblico è inscindibilmente legato al soddisfacimento dei bisogni della collettività⁴⁴.

Da questo punto di vista, è innegabile il ruolo della programmazione che parte proprio dalla analisi dei bisogni della collettività per impostare nel modo migliore possibile l'attività amministrativa al fine di soddisfare l'interesse pubblico.

Se questa è la prospettiva, è di sicura utilità per l'analisi anche scindere concettualmente il provvedimento dalla decisione: la decisione, infatti, può avvenire prima del provvedimento⁴⁵ è ciò è funzionale alla affermazione della possibilità di anticipazione delle decisioni nella fase programmatica⁴⁶.

Sotto questo profilo emerge il tema della gradualità del processo decisionale amministrativo⁴⁷. I vari gradi di tale processo sono tutti necessari e spesso è difficile accertare in modo univoco lo stadio in cui si è effettivamente deciso, anche perché la decisione finale può essere il frutto di decisioni parziali via via più puntuali. In tal senso, si è parlato di tracciare

perseguimento in un quadro di certezza delle “regole del gioco” e di trasparenza della loro applicazione e attuazione.

⁴³ S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari 2002, 78.

⁴⁴ Come osservato da Pastori, l'idea costituzionale di amministrazione ha trasformato il rapporto fra amministrazione e cittadini partendo dal convincimento che gli scopi a cui l'amministrazione è ordinata e che essa deve soddisfare corrispondono prima di tutto agli interessi, utilità o beni della vita dei cittadini stessi (G. PASTORI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *Annuario AIPDA 2003*, Milano 2004, 144); in tal senso anche F.G. COCA, *L'attività amministrativa*, cit., 78, secondo il quale gli interessi pubblici sono gli interessi di cui sono titolari le collettività di riferimento delle pubbliche amministrazioni che li hanno in cura e, in ultima analisi, il popolo al quale viene riferita la sovranità

⁴⁵ F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e i suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini 1987, 786.

⁴⁶ A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano 1996, 119.

⁴⁷ F.G. COCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia 1979.

la storia della decisione⁴⁸ che spesso parte proprio dalla fase di programmazione degli obiettivi e si estrinseca da una parte nella individuazione di una scala di valori e di finalità da raggiungere e dall'altra di una scala di preferenze tra fini alternativi e mezzi, quindi, risorse per raggiungere tali fini⁴⁹.

In questo processo la legge sembra nel corso degli anni assumere un ruolo sempre meno incisivo.

Fino agli anni '70 del secolo scorso alla legge veniva assegnato un ruolo condizionante nella determinazione degli indirizzi della programmazione, come guida dall'alto dell'economia del Paese, pur non escludendosi l'attività di pianificazione che si manifestava in atti amministrativi. La legge determinava attraverso le sue disposizioni il tipo di programma, le sue finalità, fissava i suoi criteri di attuazione, gli organi e i poteri degli organi di attuazione con ciò configurando una qualche limitazione del potere discrezionale della pubblica amministrazione in materia di programmi e controlli per un intero settore dell'attività economica⁵⁰. Successivamente, e la tendenza è ancora attuale, si è ridotto il contenuto della legge alla posizione di obiettivi e di regole procedurali per la formazione della programmazione e alla indicazione, al più, di strumenti e misure attuative rinviando ai procedimenti di piano il compito di porre le proposizioni precettive espressive di scelte di merito, facendo caricare di funzioni eterogenee l'atto di programmazione con elementi di scelta politica e con quelli più strettamente prescrittivi o di pianificazione⁵¹.

Comunque, all'atto di programmazione spetta la fissazione di una scala di priorità e la individuazione e una prima ponderazione degli interessi in gioco⁵².

In tal modo, l'atto prefigurante diviene presupposto indefettibile della successiva azione ma tale fenomeno non è assimilabile a quello della predeterminazione dei parametri attraverso i quali la pubblica ammini-

⁴⁸ F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 152.

⁴⁹ Si veda A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 106.

⁵⁰ V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. Cost.*, 1961, 904. Si trattava di una programmazione indicativa in cui la legge prevedeva un insieme di linee guida verso obiettivi predeterminati perseguiti da governi con misure incentivanti, senza vincolo di obbligatorietà per i privati.

⁵¹ S. AMOROSINO, *I procedimenti di programmazione*, cit., 26.

⁵² R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino 2006, 174; si veda anche F. G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, 1376.

strazione adotterà le decisioni, poiché il primo è espressione di un potere esercitato su un piano diverso logicamente e cronologicamente anteriore rispetto a quello attribuito per la cura quotidiana dell'interesse pubblico.

4. *La funzione di programmazione e le sue manifestazioni fra programmi e piani*

4.1. Evidenziata la funzione della programmazione come ordinante e prefigurativa di scelte successive, occorre connotare giuridicamente in maniera più specifica tale attività, consci che si tratta di concetto complesso e poliseno⁵³.

Se le attività di programmazione e di pianificazione posseggono le medesime caratteristiche, più complessa è l'operazione di scindere in categorie ben definite gli atti manifestazione di tali funzioni anche perché spesso la normativa utilizza i termini di programmazione e di pianificazione promiscuamente, ingenerando una certa confusione⁵⁴.

Con riferimento alla politica economica, il termine programmazione era riferito ai sistemi economici liberisti-occidentali mentre quello di pianificazione ai sistemi economici di tipo collettivistico. Ma questa differenziazione, oltre a non essere più attuale, evidentemente non può avere una valenza generale e, al più, può suggerire che la programmazione sia meno rigida della pianificazione.

In altri settori, poi, diventa veramente arduo individuare una differenziazione. A esempio, si pensi alla disciplina sul pubblico impiego allorché si tratta di distinguere le funzioni di indirizzo da quelle di gestione nell'ambito delle quali piani e programmi possono avere natura anche di direttive⁵⁵. Ma proprio con riferimento alla manifestazione della pro-

⁵³ R. FERRARA, *La programmazione "negoziata" fra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 1999, 429. P. PORTALURI, *Il principio di pianificazione*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 462, rileva che per la cura di interessi pubblici il legislatore prevede un duplice livello di intervento: quello della pianificazione finalizzato a escludere che i provvedimenti puntuali siano adottati in maniera casuale, arbitraria e senza una chiara visione complessiva; il piano dell'adozione dei provvedimenti puntuali adottati in conformità alle scelte pianificatorie.

⁵⁴ Sul regime giuridico di piani e programmi si veda anche G. DELLA CANANEA, *Atti amministrativi generali*, Padova 2000, il quale individua come comune regime giuridico quello della dispensa dall'obbligo di partecipazione procedimentale, la dispensa dall'obbligo di motivazione e da quello di pubblicazione

⁵⁵ Si veda M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica*, cit., 130. Si pensi all'art. 4 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 in base al quale gli organi di governo esercitano le funzioni di

grammazione in direttive il terreno risulta esser scivoloso in quanto è stato chiarito che direttiva e programma sono attività sostanzialmente differenti: il programma è strumento di disciplina e di misura dell'attività, non è guida dell'attività ma regola della stessa per cui nella programmazione rientrano gli atti che dispongono contenuti, modalità e criteri per lo svolgimento dell'attività⁵⁶. L'attività di direttiva consisterebbe, quindi, nella prima attuazione del programma, ha forza di impulso al programma ed avvia il processo di progressiva adozione delle decisioni puntuali. Si tratta però di differenziazioni difficili da cogliere nella realtà fattuale; spesso i programmi e i piani sono trasfusi in direttive come nella disciplina della programmazione strategica ministeriale che sfocia nelle direttive annuali dei singoli ministeri⁵⁷.

indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare, adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni e verificando la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti. L'art 14 del d.lgs. 165/2001 disciplina la funzione di indirizzo politico svolta dal ministro con la quale si definiscono gli obiettivi, priorità, piani e programmi da attuare ed vengono emanate le conseguenti direttive generali per l'attività amministrativa e per la gestione. Rilevante è anche l'art. 6 ter sulla pianificazione dei fabbisogni del personale e sulle linee di indirizzo per orientare le amministrazioni pubbliche nella predisposizione dei rispettivi piani dei fabbisogni di personale ai sensi dell'articolo 6, comma 2, anche con riferimento a fabbisogni prioritari o emergenti di nuove figure e competenze professionali.

⁵⁶ G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova 1989, 182.

⁵⁷ Sul concetto di indirizzo politico la letteratura è sterminata. Sul punto si veda G. MARONGIU che inserisce il concetto nell'ambito dell'attività di direzione (*L'attività direttiva*, cit., 133. Secondo il quale la funzione di indirizzo politico, nel suo peculiare manifestarsi in sede politica, è una funzione suprema e configura il punto di saldatura fra lo Stato comunità e lo Stato organizzazione. Ad essa spetta scegliere tra gli interessi sociali che meritano tutela e cura stabilendone la scala di gerarchia di soddisfazione. Si viene a concretizzare quella particolare forma di responsabilità sociale in base alla quale i titolari del potere pubblico si collegano alla comunità e alla sua organizzazione per quanto riguarda i risultati della gestione di quel potere medesimo. Ma la funzione di indirizzo non nasce e muore nell'ambito del potere e delle decisioni politiche ma si realizza con una forza dinamica che parte dalle sedi in cui il potere è politico e si prolunga via via nelle diverse funzioni, legislativa e amministrativa assumendo forza ed efficacia diverse ma non perdendo nulla del suo potere iniziale. Non si può parlare in termini di validità degli atti in violazione di indirizzo politico, ma semmai viene in rilievo un regime di responsabilità degli organi e dei titolari dei medesimi. Le prescrizioni poste in sede di indirizzo entrano in una fase attuativa passando attraverso un'attività che si caratterizza per essere finalisticamente rivolta ad agire sugli agenti in funzione dei fini che debbono essere raggiunti, per indirizzare, cioè la condotta degli stessi in funzione delle scelte che hanno presieduto alla valutazione degli interessi in gioco. L'attuazione dell'indirizzo, quindi, passa attraverso un'azione che assume la caratteristica di atti di impulso, di coordinamento, di guida (*op. cit.*, 140).

Inoltre, programmi e piani non si distinguono nettamente nella normativa sulla tutela e difesa del suolo⁵⁸. Forse solo nel diritto urbanistico la distinzione fra piani e programmi è veramente netta: il piano si limita a disegnare le funzioni del territorio mentre il programma ha un contenuto più complesso, non limitato esclusivamente agli aspetti di definizione funzionale di porzioni di territorio (si pensi ai programmi complessi e a quelli di rigenerazione urbana ove vengono in rilievo anche obiettivi inerenti il recupero e la riabilitazione territoriale in situazioni di degrado economico e sociale)⁵⁹.

In questa sede non si vuole tentare la complessa opera di individuare i tratti distintivi tra piani e programmi e si concorda, peraltro, con quella dottrina che ritiene la controversia lessicale sui termini piano e programma non determinante per delineare i caratteri fondamentale della funzione⁶⁰.

⁵⁸ Per l'attuazione della politica di difesa del suolo, il testo unico (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) prevede un complesso sistema composto da differenti livelli di pianificazione, cercando di sistematizzare quanto previsto dalla frammentaria normativa precedente. In tale contesto, il piano di bacino è lo strumento principale di pianificazione: esso è lo strumento conoscitivo, normativo e tecnico-operativo mediante il quale sono pianificate e programmate le azioni e le norme d'uso finalizzate alla conservazione, alla difesa, alla valorizzazione del suolo e alla corretta utilizzazione delle acque, sulla base delle caratteristiche fisiche e ambientali del territorio interessato. Se il piano di bacino rappresenta l'atto fondamentale in materia di tutela del suolo, si osserva che nella legislazione in materia sono disciplinati almeno una decina di atti di differente natura pianificatoria, programmatica e di attuazione; la compresenza di vari istituti giuridici può costituire un fattore di complicazione dell'attività amministrativa finalizzata alla difesa del suolo (programmi triennali di intervento attuativi del piano di bacino; piani stralcio di bacino per l'assetto idrogeologico; piani di gestione del rischio alluvioni; piani urgenti di emergenza; i piani di gestione delle acque e i piani di tutela delle acque; il programma di gestione dei sedimenti a livello di bacino idrografico; contratto di fiume).

⁵⁹ Sulla evoluzione dei programmi complessi e sul concetto della rigenerazione urbana si permette rinviare a R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 237; si veda anche F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna 2017.

⁶⁰ A. PREDIERI, *Pianificazione*, cit., 97, il quale non crede alla differenziazione fra i due termini pianificazione e programmazione, al più ritiene che si possa parlare di differenziazione fra economia pianificata e programmata; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli 1962, 268 rileva che proprio in Costituzione i termini vengano utilizzati come sinonimi. Anche M.S. GIANNINI, *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1983, 630, ritiene che non sia possibile trarre una distinzione razionale fra i due termini. Più recentemente, G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna 2005, 746, considera piani e programmi, termini da ritenersi equivalenti, essendo utilizzato in maniera scambievolmente dalla legislazione, di solito i piani si concretizzano, sotto il profilo della natura giuridica in atto

La programmazione non è solo espressione della mera funzione di indirizzo⁶¹, poiché si esplica in un indirizzo assistito da misure di coordinamento e controllo che non possono non essere vincolanti. Inoltre, se la programmazione con l'indirizzo ha in comune la determinazione dei fini, la prima si caratterizza per la predisposizione di mezzi finanziari, materiali e giuridici ritenuti opportuni per raggiungere gli obiettivi prefissati che non è necessariamente presente nell'indirizzo.

Nella sostanza si può affermare che la programmazione e la pianificazione contengono l'indirizzo, cioè la linea guida verso obiettivi predeterminati, ma non si esauriscono in esso.

Più specificamente, l'attività di pianificazione e programmazione deve essere inquadrata fra i procedimenti precettivi o prescrittivi volti a definire obiettivi, modi, mezzi e tempi dell'attività amministrativa⁶². Ancor più specificamente, i piani e i programmi appartengono, nell'ambito di questa categoria, ai provvedimenti generali e, in particolare, alla *species* degli atti conformativi di interessi, anche se talvolta hanno contenuti che attengono alla organizzazione di funzioni amministrative, strumentali alla loro attuazione⁶³.

Occorre però rilevare che le difficoltà sono notevoli nell'individuare lo specifico regime giuridico di tali atti. Piani e programmi, rientrando nella categoria degli atti generali, essendo espressione di una funzione non identificabile nel mero indirizzo, possono avere, anche simultaneamente, contenuti differenti che vanno dalla previsione generale alla prescrizione puntuale.

normativo o a contenuto generale (quando addirittura non hanno contenuto misto, in parte normativo in parte generale). Tuttavia, non sono da escludersi piani che hanno effetto solo sul piano politico e altri aventi effetti provvedimenti. L'Autore rileva che dalle molteplici norme che prevedono piani e programmi si ricava che il legislatore della legge n.241/1990 ha voluto indicare un tipo di procedimento volto alla elaborazione di piani e programmi, ossia di misure coordinate e proiettate nel tempo di interventi pubblici e/o privati in un determinato settore o in determinate aree geografiche, in genere accompagnate da misure precettive, da agevolazioni, da obiettivi, da limiti temporali e talvolta di ripartizione di risorse economiche.

⁶¹ M. CARABBA, *Programmazione*, cit., 37.

⁶² M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, 615.

⁶³ S. AMOROSINO, *Leggi e programmazioni amministrative: diversità funzionale, riserva di amministrazione e reciproche "invasioni di campo"*, in *Dir. amm.*, 2006, 229. A.M. SANDULLI (*Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1989, 587) afferma che gli atti di pianificazione e programmazione imperativa (economica, urbanistica e sanitaria) assumono di volta in volta forma diversa e possono contenere statuizioni di comando, di coordinamento, di delimitazione, direttive.

Sono troppe però le differenze tra le varie tipologie di programmi e piani perché in questa sede si ci possa spingere oltre.

Un criterio di differenziazione può essere riferito alla diversità di “scala” della programmazione/pianificazione: si parte da una pianificazione globale (come la pianificazione economica sovietica dei piani quinquennali); per giungere a una macro pianificazione (come la programmazione di bilancio come componente essenziale della politica economica)⁶⁴, a una programmazione per obiettivi o piani di settore; fino ad arrivare a una programmazione per “progetti”, consistente in un processo decisionale funzionale alla predisposizione di strumenti di selezione e valutazione delle priorità di progetti di investimento pubblico settoriale o intersettoriale sulla base di analisi di costi benefici (come nella programmazione dei fondi strutturali europei).

Ovviamente, al di là della scala, gli strumenti giuridici della programmazione variano quanto al contenuto, al grado di generalità, alla qualità dei destinatari, alla forma e alla forza giuridica, cioè alla forza dell'atto con cui sono espressi⁶⁵.

La caratteristica comune è che per la loro funzione si pongono come antecedenti di decisioni amministrative e, con forza variabile, condizionano l'azione dei pubblici poteri⁶⁶.

⁶⁴ S. AMOROSINO, *I procedimenti*, cit., *passim* secondo il quale tramontate le illusioni delle programmazioni globali il luogo unificante e cogente delle scelte di politica economica è la programmazione finanziaria e di bilancio.

⁶⁵ M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna 1984, 838.

⁶⁶ Anche fra gli studiosi di scienza dell'amministrazione si è tentata la strada della classificazione degli atti programmatori. A. LA SPINA, E. ESPA, *Analisi e valutazione*, cit., 26, rilevano che in via generale il termine pianificazione indica quel processo con il quale un'impresa, un'istituzione, una collettività territoriale o una autorità statale precisa certi obiettivi da raggiungere, individuando nel contempo i mezzi e le tappe per la loro realizzazione, nonché i metodi per concretizzarli. Rispetto alla programmazione globale, i piani settoriali hanno un ambito di applicazione e un arco temporale ben definito (piani sanitari, piani in materia di servizi sociali, piani nel campo delle politiche di sviluppo e coesione, piani urbanistici). Il piano settoriale riguarda un settore di *policy* che viene trattato in modo completo e organico, stabilendo priorità e allocando risorse in riferimento un certo arco temporale. Il piano si può manifestare come una specificazione degli obiettivi, dei mezzi, dei percorsi attuativi di una *policy*. Un piano può essere inteso come la previsione più possibile completa delle azioni che l'amministrazione intende compiere nelle sue varie articolazioni, con la relativa dotazione di risorse o la previsione dei risultati attesi (si pensi al piano sanitario o socio assistenziale). Ma anche i programmi sono atti di specificazione di una *policy* e decisioni politiche e si differenziano sulla base degli scopi, dell'ambito di applicazione, delle dimensioni. Un altro possibile modo per specificare gli obiettivi di *policy* e il suo percorso attuativo può essere rinvenuto nella direttiva adottata

Proprio nelle programmazioni settoriali, più che in quelle macro, che spesso sono espressione della sola funzione di indirizzo, è ben individuabile la complessità della funzione programmatoria come descritta in precedenza.

Ai fini della nostra indagine sono di interesse soprattutto le tipologie di programmazione per obiettivi e progetti. In alcuni casi, sono proprio le norme, come si vedrà, a attribuire a esse una efficacia cogente, qualificando le programmazioni come presupposto per lo svolgimento della successiva attività.

All'interno di tale categoria si possono distinguere programmazioni interne, ossia riguardanti l'organizzazione e il personale delle amministrazioni e programmazioni esterne che riguardano lo svolgimento di funzioni attive delle amministrazioni.

4.2. Nella congerie di definizioni e distinzioni di sicuro interesse è anche quella fra programmazioni di scopo e programmazioni condizionali⁶⁷. Tale differenziazione consente di soffermarsi sul rapporto fra le programmazioni in campo economico e le regolazioni settoriali espressione di programmazione condizionale.

Il rapporto fra queste due modalità di intervento del pubblico potere nell'economica è stato impostato spesso in termini di netta contrapposizione ma, a dire il vero, se ne può dare una lettura meno conflittuale⁶⁸.

Sul punto si può osservare che appartiene alla regolazione ogni misura che presupponga la spontaneità dei processi economici e si proponga di orientarne indirettamente e dall'esterno il corso, in vista di finalità di

dall'esecutivo. In questo caso, la direttiva si rivolge all'amministrazione esecutrice disponendo nel dettaglio i comportamenti da tenere, indicando gli obiettivi da raggiungere in un dato arco di tempo da parte di soggetti determinati (si pensi alle direttive annuali riguardanti i risultati di gestione). Diversamente da un piano o da un programma, la direttiva non appronta risorse finanziarie ma piuttosto indica condotte da tenere dal corretto adempimento delle quali può poi discendere l'allocazione delle risorse stesse certe. Quindi, le indicazioni di *policy* sono collocate all'estremità superiore di una scala, sul versante della politica, mentre i piani e i programmi sono attuati dalle autorità governative agenzie non governative e si collocano in una posizione intermedia. Sul versante più particolare e operativo si trovano i progetti. Il progetto, infatti, indica una serie di attività volte a determinare obiettivi chiaramente specificati in un periodo di tempo e con un budget definito.

⁶⁷ N. LUHMANN, *Stato, diritto e sistema sociale*, cit., 146; M. CARABBA, *op. cit.*, 37. Sul punto si veda L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna 1996, 58.

⁶⁸ Il tema è stato affrontato anche da N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, Bologna 2007.

interesse generale e alla programmazione ogni misura che stabilisca o presupponga un fine di interesse generale da realizzare, prestabilisca le condizioni necessarie affinché quel fine sia realizzato e si proponga di conformare direttamente i processi economici alle condizioni ipotizzate⁶⁹.

Si ritiene generalmente che la programmazione in campo economico si contrapponga nettamente al principio della libera concorrenza, e proprio l'evoluzione degli ordinamenti sovranazionali e globali, avrebbe comportato l'inattualità del concetto di programmazione.

Ma la contrapposizione non è affatto netta, anche perché l'art. 41 della Costituzione non contiene né alcun giudizio di preferenza tra questi due metodi di intervento nell'economia né alcun criterio di scelta fra queste due modalità per risolvere i problemi di intervento dei pubblici poteri nell'economia⁷⁰.

Si può, quindi, affermare che gli strumenti di governo dell'economia convivono nell'ordinamento e l'uno prevale sull'altro non in senso assoluto ma a seconda degli ambiti operativi di intervento della pubblica amministrazione. Vi sono, infatti, settori della vita amministrativa che

⁶⁹ M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 157, che rileva che anche la Corte costituzionale nelle decisioni in materia di intervento dello Stato nell'economia non ha mai chiaramente distinto tra regolazione e pianificazione. E tale confusione ha avuto effetti negativi favorendo spesso interpretazioni proconcorrenziali di interventi che al contrario avevano intenti protezionistici. La confusione tra queste due categorie, anche ingenerata dalla giurisprudenza della Corte, ha avuto l'effetto, per esempio, di piegare a finalità nascostamente pianificatorie le regolazioni dei servizi liberalizzati (v. Cons. Stato, sez. VI, 14 giugno 2006, n. 3502) oppure di distinguere la funzione regolatoria da quella antitrust. La giurisprudenza della Corte costituzionale ha sempre espresso l'esigenza che i processi di mercato non siano lasciati a loro stessi, perché il rischio per le società e per il loro stesso sistema sarebbe troppo elevato, ma tale interpretazione viene criticata allorché la Corte non prende in considerazione che questo rischio può essere governato in maniere del tutto differenti (regolazione e pianificazione) e le differenze fra i due modelli dovrebbero orientare la scelta del legislatore e che sulla loro base la scelta del legislatore dovrebbe essere suscettibile di un bilanciamento da parte della Corte in applicazione dell'art. 41.

⁷⁰ M. D'ALBERTI, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, relazione al convegno AIPDA, *Analisi economica e diritto amministrativo*, Venezia 2006; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna 2014, il quale inquadrando il problema con riferimento alla funzione economica della pianificazione e della regolazione accosta queste due attività affermando che entrambe servono per prevenire o correggere i fallimenti del mercato che sarebbero generati dallo svolgimento libero e illimitato di attività private. Viene, inoltre, posta in evidenza sul piano degli effetti sia la funzione redistributiva e l'efficienza allocativa delle pianificazioni o delle regolazioni.

esigono programmazione, ossia azioni coordinate previa fissazione di una adeguata strategia, come nella materia di finanza pubblica, in quella ambientale, in quella delle opere pubbliche, dei servizi sanitari e sociali e dei trasporti, nonché in tutto l'ambito riguardante lo sviluppo del territorio, mentre vi sono ambiti in cui sono preponderanti i principi di liberalizzazione e non vi è, dunque, programmazione ma fissazione di standards, spesso tecnici, che rovesciano il rapporto *top down* tipico della programmazione a favore di un approccio caso per caso e *bottom up*.

È chiaro che il meccanismo decisionale allorché venga in rilievo una programmazione è del tutto differente allorché venga in rilievo la regolazione tramite standard. Mentre nel primo caso vi è predeterminazione della decisione con anticipazione delle scelte al momento programmatico, nel secondo caso non vi è alcuna anticipazione di scelte ad un momento strategico; ci si limita a porre le condizioni dell'agire del privato che potrebbe anche prescindere da una previa decisione amministrativa (allorché venga in rilievo la combinazione di liberalizzazione e strumenti di semplificazione amministrativa); in questo caso non vi è alcuna anticipazione delle decisioni: la decisione amministrativa semplicemente potrebbe non venire in rilievo. In tal senso non si ritiene che si possa affermare, come è stato fatto in dottrina, che la fissazione di standards si qualifichi come programmazione implicita⁷¹.

La regolazione attraverso la fissazione di standard non può considerarsi vera programmazione, poiché laddove non c'è disegno prefigurativo di azione pubblica per la realizzazione di obiettivi non c'è programmazione/pianificazione.

Alla luce di ciò, può ben sostenersi che in un'epoca di libera concorrenza la pianificazione/programmazione è ancora vitale in molti ambiti dell'attività amministrativa ma a questa si affianca, e non si contrappone, la regolazione condizionale.

4.3. Ulteriore profilo problematico riguarda l'individuazione delle tipologie di atti attraverso i quali si manifesta la funzione programmatica. Vi sono, infatti, forme di programmazione che si esprimono attraverso atti diversi dai piani e programmi autoritativi "tradizionali" quali le forme negoziate di programmazione (si veda la legge 23 dicembre 1996, n. 662) che si sono affermate nella seconda metà degli anni '90 del secolo scorso⁷².

⁷¹ Sul punto si veda N. RANGONE, *op. cit.*, 205.

⁷² A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli 2000.

Tali forme di programmazione, rese necessarie dalla eccessiva frammentazione delle competenze amministrative, consentono un adeguato coordinamento fra le amministrazioni al fine di prevedere l'utilizzo razionale delle risorse economiche per investimenti produttivi nelle aree prese in considerazione. Il legislatore ha così disciplinato strumenti convenzionali che prevedono una cooperazione tra amministrazioni centrali ed enti locali per programmare gli interventi da realizzare in conformità al nuovo assetto autonomistico dei poteri pubblici.

Si possono individuare due forme di programmazione negoziata: quella fra soggetti pubblici, che si sostanzia nel coinvolgimento da parte dell'amministrazione decidente di altre amministrazioni nel momento in cui vengono elaborate le scelte strategiche (si pensi alle intese istituzionali di programma o agli accordi di programma quadro) e quella che prevede la partecipazione dei privati nel momento decisionale della predisposizione delle scelte programmatiche (si pensi ai patti territoriali o ai contratti d'area)⁷³.

Questi istituti non sono paragonabili ai moduli di azione convenzionali previsti dalla legge n. 241/1990, come la conferenza di servizi e l'accordo di programma. Infatti, mentre questi ultimi moduli hanno come obiettivo l'esercizio contestuale dei poteri provvedimentali da parte delle amministrazioni coinvolte per la realizzazione di un singolo intervento, gli istituti citati si pongono a un livello superiore nel processo decisionale. In sostanza, conferenze di servizi e accordi di programma sono strumenti di attuazione dei programmi e non strumenti di programmazione.

Per esempio, l'intesa istituzionale di programma è l'accordo tra amministrazione centrale e regioni in virtù del quale i soggetti coinvolti si impegnano a collaborare, sulla base di una ricognizione programmatica delle risorse finanziarie disponibili, dei soggetti interessati e delle procedure amministrative occorrenti, per la realizzazione di un piano pluriennale d'interventi d'interesse comune. L'accordo di programma quadro, poi, in attuazione di una intesa istituzionale di programma, indica le attività e gli interventi da porre in essere, con i relativi tempi e le modalità di attuazione; i soggetti responsabili dell'attuazione delle singole attività ed interventi; gli eventuali accordi di programma e le conferenze di servizi necessarie. Preme evidenziare, infine, che queste forme di programmazione, per espressa previsione legislativa, hanno forza vincolate per cui conformano ampiamente le successive scelte esecutive delle amministrazioni.

⁷³ R. FERRARA, *La programmazione negoziata*, cit., 437.

5. *La indefettibilità della programmazione interna alle pubbliche amministrazioni*

5.1. Venendo all'esame della normativa in alcuni importanti settori della attività amministrativa nei quali la programmazione svolge un ruolo di presupposto indefettibile per le successive scelte, innanzitutto si devono esaminare quelle riguardanti la c.d. programmazione interna e, in particolare, le norme in materia di programmazione strategica e di personale. Si vedrà che queste assumono espressamente valore precettivo visto che alla violazione dei programmi sono connesse importanti sanzioni per i dirigenti pubblici.

La programmazione strategica, con riferimento alle amministrazioni statali, viene in rilievo con la direttiva annuale del Ministro (art. 8, d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286) che costituisce il documento base per la programmazione e la definizione degli obiettivi delle unità dirigenziali di primo livello. Tale direttiva, chiaramente indirizzata ai dirigenti apicali, programma per obiettivi le misure che concretamente, in attuazione del programma politico, i singoli apparati amministrativi devono realizzare. Essa, quale atto programmatico di attuazione delle scelte politiche, diviene parametro per la valutazione della *performance* dei dirigenti (art.9, comma 1 *bis*, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150). L'inerzia nell'attuazione della direttiva generale o la sua grave inosservanza comporta la messa in mora del dirigente da parte del ministro ovvero, previa contestazione, la nomina di un commissario ad acta. La grave inosservanza della direttiva, fermo restando le ipotesi di responsabilità disciplinare, può comportare l'impossibilità del rinnovo del contratto fino ad arrivare alla revoca dell'incarico.

Nell'ambito dell'attività di programmazione strategica acquista un ruolo fondamentale la fase del controllo che si esplica in quello di gestione e in quello strategico⁷⁴. Si tratta di tipologie di controllo che mirano a verificare l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa per ottimizzare, anche con interventi correttivi, il rapporto costo risultato (controllo di gestione) e che consistono nell'analisi preventiva e successiva della congruenza ovvero degli eventuali scostamenti rispetto alle missioni affidate dalle norme, agli obiettivi fissati, alle scelte effettuate, alle risorse impiegate nonché nella identificazione degli eventuali fat-

⁷⁴ Si veda P. TANDA, *Controlli amministrativi e modelli di governance della pubblica amministrazione*, Torino, 2012.

tori ostativi alla attuazione degli obiettivi e dei possibili rimedi (controllo strategico).

Nella sostanza il controllo consente di porre in essere azioni correttive anche con riferimento alla attività programmatoria dopo averne constatato le problematiche.

5.2. Ancora più esplicita è la forza vincolante della programmazione strategica per gli enti locali. Infatti, per gli enti locali, ai sensi dell'art. 170 Tuel, viene in rilievo il documento unico di programmazione. Tale norma prevede che questo atto di programmazione sia presupposto necessario di tutti gli altri documenti di programmazione⁷⁵ e, in particolare, atto presupposto indispensabile per l'approvazione del bilancio di previsione. Inoltre, nei regolamenti di contabilità dei singoli enti sono previsti espressamente i casi di inammissibilità e di improcedibilità per le deliberazioni del Consiglio e della Giunta che non sono coerenti con le previsioni del Documento unico di programmazione (DUP).

Tale atto unifica e coordina le informazioni, le analisi, gli indirizzi della programmazione, consentendo un ciclo complessivo e integrato di dialogo permanente tra indirizzi di gestione e gestione stessa. La peculiarità di questo documento è che può contenere, nella sua sezione operativa, l'esplicitazione delle motivazioni delle scelte programmatiche effettuate dall'amministrazione dei singoli programmi da realizzare e dei relativi obiettivi nonché la programmazione dettagliata nell'arco temporale di riferimento. Al DUP si ricorre per programmare le opere pubbliche, la programmazione fabbisogno del personale, il piano delle alienazioni e le valorizzazioni dei beni patrimoniali.

Con l'adozione di questo atto si sono correlati una serie di documenti che andavano ad appesantire in modo significativo l'azione programmatica dell'ente pubblico, individuando una sorta di filiera programmatica.

⁷⁵ Il DUP è una delle principali novità del d.lgs., 22 giugno 2011, n. 118 recante "Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi..." così come integrato e corretto dal d.lgs. 10 agosto 2014 n. 126, i quali riscrivono completamente l'art. 170 del TUEL (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267). La differenza più marcata e sostanziale con la Relazione Previsionale e Programmatica (RPP) è che quest'ultima costituiva un allegato al bilancio di previsione così come il bilancio pluriennale; il DUP costituisce un documento a sé stante, approvato a monte del bilancio previsionale e presupposto per la redazione del bilancio stesso, entrambi questi documenti hanno come riferimento un orizzonte temporale almeno triennale.

5.3. In materia di personale, l'art. 6 del d.lgs. 165/2001 prevede che le amministrazioni pubbliche adottino il piano triennale dei fabbisogni, in coerenza con la pianificazione pluriennale delle attività e della performance. Il piano triennale indica le risorse finanziarie destinate all'attuazione del piano, nei limiti delle risorse quantificate sulla base della spesa per il personale in servizio e di quelle connesse alle facoltà assunzionali previste a legislazione vigente". Alla violazione delle norme in materia di programmazione del fabbisogno del personale conseguono sanzioni rilevanti ossia l'impossibilità di assumere nuovo personale pubblico, la nullità dei contratti di lavoro posti in essere in violazione di tali regole e la conseguente responsabilità erariale (art. 6, comma 6; art. 36, comma 5).

Come accennato, la violazione della programmazione è valutabile con riferimento alle performance individuali e alla responsabilità dirigenziale.

In tal senso, è esplicito, anche, il testo unico sugli enti locali. L'art. 91 del Tuel prevede che "gli enti locali adeguano i propri ordinamenti ai principi di funzionalità e di ottimizzazione delle risorse per il migliore funzionamento dei servizi compatibilmente con le disponibilità finanziarie e di bilancio. Gli organi di vertice delle amministrazioni locali sono tenuti alla programmazione triennale del fabbisogno di personale".

5.4. Al principio della programmazione delle assunzioni non sfuggono le amministrazioni universitarie. In tale settore viene in rilievo il d.lgs. 29 marzo 2012, n. 9 il quale, innanzitutto, prevede l'adozione del piano economico-finanziario triennale, al fine di garantire la sostenibilità di tutte le attività dell'ateneo e, in coerenza con esso, la predisposizione del bilancio unico di ateneo che tiene conto appunto dei documenti di programmazione triennale.

Con specifico riferimento al personale (art. 4), le università predispongono piani triennali per la programmazione del reclutamento del personale.

Anche in questo caso alla violazione dei criteri in materia di assunzioni, compresa la violazione delle norme in materia di programmazione, corrispondono sanzioni piuttosto rilevanti. Ai sensi dell'art. 7, comma 5, le procedure di assunzione avviate in violazione dei parametri indicati anche dalla programmazione determinano responsabilità per danno erariale dei componenti degli organi dell'ateneo che le hanno disposte e comportano penalizzazioni nelle assegnazioni del fondo di finanziamento ordinario da corrispondere all'ateneo nell'anno successivo a quelle in cui si verificano⁷⁶.

⁷⁶ L'importanza della programmazione nel settore universitario è stata anche sotto-

5.5. La programmazione, poi, riguarda anche la misurazione dell'attività svolta dal personale delle pubbliche amministrazioni.

In questo ambito viene in rilievo il piano della *performance* la cui mancata adozione impedisce l'erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti che risultano avere concorso a tale inadempimento e preclude alle amministrazioni di procedere ad assunzioni di personale o al conferimento di incarichi di consulenza o di collaborazione comunque denominati. In ordine a tale inadempimento vengono sanzionati anche gli organi di indirizzo che sono responsabili (per danno erariale) della erogazione dei trattamenti di premialità nell'ipotesi in cui abbiano concorso alla mancata adozione del piano (art. 10 d.lgs. n. 150/2009).

6. *La forza cogente della programmazione esterna*

6.1. La forza cogente della programmazione/pianificazione riguarda anche le attività esterne della amministrazione.

In questo ambito è emblematica la disciplina della pianificazione ur-

lineata dalla delibera Anac 1208 del 22 novembre 2017 con la quale è stato approvato l'aggiornamento 2017 al Piano Nazionale Anticorruzione. Infatti, il Piano, nella sezione dedicata alle università, rileva che un fattore di rischio che può esporre gli atenei a pressioni indebite e a decisioni non correttamente ponderate e adeguate rispetto all'effettivo fabbisogno si riscontra laddove sia assente o non venga predisposta un'adeguata programmazione dei reclutamenti, sia a livello di ateneo sia di dipartimento. Le azioni indicate dall'Anac, per assicurare una corretta nonché efficace programmazione si sostanziano nel garantire il concorso di tutte le componenti dell'università alla definizione degli atti di programmazione; l'introduzione di criteri oggettivi e comuni a tutte le università che tengano conto, ad esempio, del numero di professori già presenti nei dipartimenti; unire le esigenze di natura didattica e di ricerca del dipartimento con quelle di merito dei possibili singoli candidati all'*upgrade*; adottare un sistema più aperto alle procedure di reclutamento dall'esterno; rendere trasparenti i processi decisionali e le motivazioni delle scelte effettuate, anche facendo conoscere le ragioni della mancata attivazione di alcuni insegnamenti; assicurare la massima conoscibilità di tutti gli atti di programmazione. Di interesse, è il legame che l'Anac instaura fra la programmazione e possibili indebite ingerenze che possono sfociare in malaffare. La programmazione, quindi, viene considerata non solo come strumento di buona amministrazione ma anche di lotta alla corruzione. Ulteriore profilo di interesse riguarda le misure indicate che vanno nella direzione della procedimentalizzazione della attività programmatiche e dell'applicazione di garanzie previste dalla legge n. 241/1990 per lo svolgimento dell'attività amministrativa come la partecipazione e la motivazione. Vale, inoltre, la pena rilevare che l'Anac ritiene indispensabile la programmazione anche con riferimento al settore della ricerca, con riferimento al budget da investire, affinché sia possibile chiarire quali siano le grandi scelte strategiche tale settore.

banistica con particolare riferimento ai problemi relativi alla sua efficacia e al suo rapporto con la pianificazione territoriale. Il piano regolatore generale, quale atto di disegno razionale del territorio attraverso la determinazione della migliore destinazione di ciascuna porzione, è conformativo delle decisioni puntuali, a partire da quelle relative al rilascio di titoli abilitativi alla costruzione, ed è stato spesso considerato come atto presupposto di queste successive decisioni⁷⁷. Attraverso l'attività di pianificazione, poi, in vario modo viene conformata la proprietà privata; conseguentemente, il piano condiziona le decisioni amministrative successive alla opposizione di vincoli che, come noto, possono essere di varia natura (espropriativi e conformativi).

Se questa è la forza dei piani regolatori si deve rilevare che la disciplina urbanistica è sempre più caratterizzata da elementi che sembrano minare alla base l'idoneità del piano regolatore comunale a svolgere compiutamente la propria funzione di previsione in termini certi di ciò che accadrà in futuro e, quindi, la sua forza vincolante⁷⁸. Si pensi al problema della perequazione urbanistica che consente la trasmigrazione di diritti edificatori, oppure alla sempre più diffusa differenziazione della pianificazione comunale tra piano strutturale e operativo o, ancora, alle varianti per progetti speciali.

Se si allarga l'orizzonte, poi, si può rilevare che la stessa pianificazione comunale è conformata da ulteriori atti pianificatori espressione di interessi differenti da quello squisitamente urbanistico come l'ambiente, il paesaggio e la difesa del suolo e spesso le pianificazioni relative a tali interessi sono considerate dal legislatore sovraordinate e vincolanti per la pianificazione urbanistica comunale⁷⁹.

Si pensi al piano di bacino che ha natura di piano territoriale e urbanistico a carattere vincolante sia per i soggetti pubblici sia per quelli privati. E ancora alla pianificazione paesaggistica, che a sua volta ha ridimensionato il ruolo della pianificazione di bacino e che, comunque, si sovrappone alla pianificazione urbanistica (anche se la prevalenza del piano

⁷⁷ La regola per cui l'illegittimità della norma di piano è tempestivamente censurata quale atto presupposto contestualmente all'impugnativa dell'atto applicativo, titolo edilizio o suo diniego, vale sia per chi intende realizzare interventi di rilevanza edilizia sia per i vicini legittimati ad impugnare tali interventi (Tar Liguria, sez. I, 11 luglio 2007, n. 1376).

⁷⁸ Si veda P. URBANI, *Urbanistica solidale, Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino 2011, 37.

⁷⁹ P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico, manuale breve*, Milano 2016, 24. Si veda anche P. CHIRULLI, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Dir. amm.*, 2015, 51.

paesaggistico su quello di bacino riguarda esclusivamente la valutazione dell'interesse paesaggistico, mentre per ciò che riguarda le misure relative all'incolumità fisica delle persone e la protezione delle popolazioni dal rischio prevale il piano di bacino).

6.2. Altro settore in cui la programmazione esprime la sua forza vincolante è quello dei contratti pubblici. Ciò è confermato dall'art. 32, comma 1, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) secondo cui "le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle stazioni appaltanti previsti dal presente codice o dalle norme vigenti". La programmazione si colloca come atto autonomamente rilevante rispetto alla procedura di affidamento del contratto con valenza esterna; esso, pertanto, non è atto interno alla procedura di affidamento, ma suo presupposto imprescindibile⁸⁰. La *ratio* dell'attività di programmazione è quella di evitare che vengano realizzate opere o acquisizioni inutili o al di fuori delle linee programmatiche assunte per la soddisfazione dei bisogni della collettività⁸¹. Infatti, con l'attività di programmazione l'amministrazione si vincola alle proprie scelte e questo rappresenta una garanzia in ordine alla soddisfazione delle esigenze sociali e degli interessi pubblici ai quali l'amministrazione deve attendere⁸².

⁸⁰ Questa specificazione in ordine alla natura giuridica dell'atto di programmazione delle opere pubbliche è stata operata dal Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824.

⁸¹ È stato rilevato dalla Corte costituzionale che l'art. 14 della l. n. 109/1994 non è in contrasto con gli art. 117, 118 e 119 Cost. nella parte in cui prevede che le amministrazioni aggiudicatrici devono approvare, anche nell'ambito di documenti programmatici già previsti dalla normativa vigente, il programma finanziario e tecnico dei lavori pubblici da eseguire nel triennio, indicando le finalità ed i tempi di realizzazione degli interventi secondo una valutazione dei costi e dei benefici, attribuendo priorità alla manutenzione ed al recupero del patrimonio pubblico ed al completamento delle opere già iniziate, in quanto la norma risponde all'esigenza di determinare le opere pubbliche che possono essere effettivamente e completamente realizzate, in base alle disponibilità finanziarie e secondo un ordine di priorità che si basa sulla valutazione dei costi e dei benefici (Corte cost., 7 novembre 1995, n. 482, in *Riv. trim. app.*, 1995, 75).

⁸² Si veda Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2004, n. 7615, ha precisato che l'attività di programmazione, anche se in alcuni casi può favorire qualche privato, deve comunque perseguire l'interesse pubblico, per cui risulta illegittima la programmazione di un'opera pubblica che sia rivolta principalmente alla soddisfazione di un interesse privato. Nel caso oggetto della sentenza, il Consiglio di Stato ha annullato alcuni provvedimenti comunali concernenti un progetto di parcheggio pubblico e la connessa occupazione d'urgenza, rilevando la scarsa utilità dell'opera pubblica, trattandosi di un piccolo parcheggio, in una zona scarsamente popolata e vicina ad altri parcheggi, per cui l'opera appariva tesa a

In una prima fase, l'amministrazione procede alla identificazione dei bisogni della collettività e alla individuazione dei lavori che ritiene funzionali al soddisfacimento degli stessi. In una seconda fase, elabora studi di fattibilità, sulla base delle valutazioni tecniche, finanziarie, economiche, sociali e giuridiche, ricorrendo a una discrezionalità di tipo tecnico per predisporre gli strumenti attuativi vincolati rispetto alla scelta effettuata.

Si prevede la possibilità di consentire la partecipazione ai soggetti privati già nella fase delle scelte sulle infrastrutture da realizzare. Infatti, gli operatori privati possono presentare proposte di intervento per opere già inserite nella programmazione triennale ovvero di farsi proponenti di interventi da inserire in tale elenco allorché si preveda la realizzazione delle stesse attraverso forme di partenariato pubblico privato.

Di sicuro rilievo è la prescrizione legislativa secondo la quale i programmi sono approvati nel rispetto degli ulteriori documenti programmatici, in coerenza con il bilancio e con le norme che disciplinano la programmazione economico finanziaria degli enti locali. Il legislatore ha voluto raccordare la fase dell'adozione del programma (triennale per i lavori e biennale per i servizi e le forniture) con la tempistica prevista per l'adozione del bilancio da parte della pubblica amministrazione.

Una volta individuati i lavori o gli interventi da realizzare, secondo

favorire solo un condominio privato. L'Anac, con la determinazione n. 5 del 6 novembre 2013 – Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture, ha confermato la centralità della programmazione affermando che essa che “non è solo un momento di chiarezza fondamentale per la determinazione del quadro delle esigenze, la valutazione delle strategie di approvvigionamento, l'ottimizzazione delle risorse ed il controllo delle fasi gestionali, ma costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa. In questo senso, la fase della programmazione e quella della progettazione appaiono funzionali a garantire una visione di insieme dell'intero ciclo di realizzazione dell'appalto, migliorando le *chance* di un'efficiente gestione dello stesso, a partire dall'individuazione dei fabbisogni fino alla verifica del corretto svolgimento della prestazione; tale verifica può ritenersi effettiva, infatti, solo ove la stazione appaltante sia in grado di confrontare le prestazioni eseguite con i livelli quantitativi e qualitativi promessi in sede di gara e definiti nel contratto, secondo il corrispettivo e la tempistica pattuiti. L'importanza della fase di programmazione appare con maggior evidenza ove si consideri che dalle attività di vigilanza dell'Autorità è emerso che negli appalti di servizi e forniture, la carenza di programmazione da parte delle stazioni appaltanti genera criticità, quali la frammentazione degli affidamenti, il frequente ricorso a proroghe contrattuali illegittime, l'avvio di procedure negoziate senza bando motivate dalla mera urgenza di provvedere, l'imprecisa definizione dell'oggetto del contratto con riguardo alle specifiche tecniche e/o alle quantità, la perdita di controllo della spesa. Le criticità illustrate inducono a ritenere la fase della programmazione negli acquisti di beni e servizi come fondamentale ai fini di una compiuta valutazione delle strategie di approvvigionamento da parte delle stazioni appaltanti”.

le priorità prestabilite, la legge impone alle pubbliche amministrazioni di dare esecuzione al programma. Si può derogare al programma solo in casi eccezionali, ossia allorché interventi non previsti siano giustificati da eventi imprevedibili o calamitosi, da modifiche dipendenti da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari ovvero da altri atti amministrativi adottati a livello statale o regionale. Si tratta, quindi, di casi tassativi la cui sussistenza deve essere motivata nella delibera che approva il progetto preliminare dell'opera da realizzare⁸³.

Diversamente, la determinazione dell'amministrazione di aggiudicare un contratto per un'opera che non rispetti le priorità previste dal programma si configura illegittima. L'inserimento di un'opera nel programma costituisce la valutazione decisiva dell'amministrazione sull'utilità e fattibilità dell'opera e ne rende doverosa la realizzazione dal momento che l'approvazione del programma vincola la successiva attività amministrativa e comporta l'impegno delle risorse necessarie alla realizzazione dell'intervento programmato⁸⁴.

La decisione programmatica, quindi, stabilisce priorità vincolanti nella realizzazione degli interventi ritenuti essenziali per il soddisfacimento

⁸³ Tar Lazio, sez. II, 8 ottobre 2001, n. 8271.

⁸⁴ Consiglio di Stato, sez. IV, 18 febbraio 2016, n. 651; si veda anche Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824, la sentenza riguardava l'impugnativa da parte un'associazione ambientalista del programma triennale dei lavori pubblici di un comune nella parte in cui prevedeva l'inserimento di un'opera ritenuta lesiva dei valori ambientali, storici e artistici di quel territorio (si trattava della previsione nel programma triennale della trasformazione dell'Orto del Monte Frumentario in un parcheggio interrato). Il Consiglio di Stato ha ritenuto sussistente l'interesse della associazione all'impugnazione in considerazione della forza vincolante del programma. Infatti, l'inserimento dell'opera ne avrebbe reso doverosa la realizzazione nel triennio secondo l'ordine di priorità stabilito e con le disponibilità finanziarie specificamente apprestate. Il giudice di secondo grado chiariva che l'effetto della programmazione risiede nella doverosità della realizzazione dell'opera; in quella sede viene compiuta la valutazione decisiva sulla utilità e sulla fattibilità dell'intervento da parte dell'organo di governo dell'Ente. La verifica di ulteriori interessi coinvolti nel procedimento non potrà che muovere da tale presupposto per cui, una volta effettuata la programmazione e non contestata, ci si potrà dolere solo delle modalità realizzative dell'intervento. È, quindi, nella sede della programmazione che la comunità locale deve prendere atto che una certa quantità di risorse finanziarie, personali e organizzative dell'Ente è destinata a quella determinata opera considerata prioritaria, anziché ad altre opere e interventi. In tale contesto, la decisione metteva in luce anche l'aspetto essenziale delle modalità di partecipazione alla attività di programmazione dei soggetti esponenti delle comunità di riferimento, ritenendo che gli istituti dell'accesso e delle osservazioni al programma meritassero risposte specifiche da parte degli organi del comune alle eventuali osservazioni e proposte avanzate dai soggetti interessati alla programmazione comunale.

degli interessi della collettività e ha un connotato di stabilità che è tipico di qualsiasi atto di programmazione. Ogni strategia ha la caratteristica della stabilità e della durevolezza e può essere modificata solo a seguito di eventi eccezionali e non prevedibili al momento della sua elaborazione ovvero nell'ipotesi in cui la valutazione e il controllo strategico indicano i possibili rimedi alla mancata o parziale attuazione degli obiettivi prescelti.

La decisione circa le modalità realizzative, lo strumento negoziale da utilizzare per la realizzazione dell'intervento e le procedure ritenute migliori per la sua esecuzione sono demandate alle successive decisioni puntuali della pubblica amministrazione (si pensi alla progettazione dell'intervento, alla deliberazione a contrarre, al bando etc.)

Ciò in quanto la programmazione non è un'attività meramente interna, ma è atto fondamentale di individuazione degli obiettivi concreti da raggiungere da parte degli organi di governo dell'Ente, cui corrisponde la facoltà di verifica dei cittadini, singoli o associati, sulla congruità e correttezza delle scelte effettuate.

7. *La discrezionalità "programmatoria"*

Dalla analisi della normativa emerge che in molti campi dell'azione amministrativa le scelte fondamentali sono adottate a livello programmatico: dalla individuazione del bisogno della stessa amministrazione (programmazione interna) e di quelli della collettività (nei casi di programmazione esterna), dal tipo di intervento da realizzare per soddisfare tali bisogni, all'indicazione dell'obiettivo e del risultato atteso, fino alla predisposizione dei mezzi finanziari per raggiungere tale risultato nonché al controllo del suo raggiungimento.

Fondamentale è il tema del rapporto fra legge, programmazione, merito e discrezionalità, amministrativa e tecnica.

Occorre, quindi, ritornare sul tema dell'interesse pubblico ma questa volta inteso in rapporto alla sua determinazione da parte della legge.

È stato rilevato che l'interesse pubblico si deve individuare in base a dati oggettivi e aderenti alla situazione di fatto⁸⁵ e che tale aderenza al

⁸⁵ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 96. Sul processo di concretizzazione si veda anche N. PAOLOANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 492.

fatto è frutto di un processo di concretizzazione graduale che avviene durante l'iter decisionale⁸⁶.

Secondo Nigro⁸⁷ l'interesse pubblico, non è più qualche cosa di "dato", di fissato da somme decisioni politiche ma è qualche cosa di "costruito" e cioè il risultato puntuale e mutabile di un processo concreto, di grande complessità perché richiede l'apporto di varie esperienze. Marongiu⁸⁸ per delineare l'attività di direttiva, specificava che il momento della scelta dei fini generali e, all'interno di questi, degli interessi da curare è momento astratto e intellettualistico che non si esaurisce nel solo momento della determinazione, per quanto possa essere formalizzato ma si proietta entro un processo operativo in cui le scelte prime e fondamentali vanno man mano prendendo corpo a contatto con le condizioni e i problemi della realtà⁸⁹. Questo passaggio, come sostenuto da Ledda, costituisce un aspetto ineliminabile del problema amministrativo alla cui soluzione razionale aspira la pubblica amministrazione⁹⁰.

Con la programmazione si compie la prima fase del processo di concretizzazione dell'interesse pubblico che avviene attraverso la ponderazione e una prima composizione di interessi in gioco e che si avvale, come si vedrà, anche di apporti partecipativi e collaborativi dei privati.

In questo contesto si compiono valutazioni di opportunità e valutazioni di tipo tecnico (si pensi alle ipotesi delle programmazioni e delle pianificazioni di tipo ambientale o a difesa del territorio, come quelle in materia di dissesto idrogeologico: a esempio il piano di bacino individua e classifica le zone a rischio e sulla base di tale classificazione stabilisce

⁸⁶ F.G. SCOCA, *Interesse legittimo*, Torino, 2017, 185.

⁸⁷ M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri*, cit., 805.

⁸⁸ G. MARONGIU, *L'attività direttiva*, cit., 141; più recentemente M.R. SPASIANO, *L'interesse pubblico e l'attività della p.a. nelle sue diverse forme*, in *Foro amm. Tar*, 2005, 1820) rileva che gli interessi pubblici sono risultati proiettati in realtà dialettiche di rapporti, calati nella storia, traducendosi di volta in volta in norme, politiche, programmi, piani di azione o specifiche misure, sino, poi, a tradursi, coinvolti in un processo di materializzazione, in risultati o beni connessi a concrete vicende giuridiche della vita.

⁸⁹ D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, 2010, 49, coglie la difficoltà di differenziare programmazione, indirizzo politico e atti di amministrazione e afferma che spesso gli apparati che hanno il compito di indicare spesso non vogliono o non possono dare indicazioni tali da esaurire le scelte possibili tra i diversi interessi e, quindi, da lasciare spazio alla sola esecuzione. Da ciò deriva che con interventi successivi, anche di apparati differenti si diano indicazioni via via più precise, senza tuttavia arrivare al punto in cui residui solo l'attività di esecuzione.

⁹⁰ F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Atti del XXX Convegno degli studi Varenna 1984, Milano 1987, 101.

gli interventi da realizzare e predisporre le risorse necessarie per farvi fronte).

7.2. Ciò dimostra che la scelta programmatica è notevolmente complessa, sicuramente più complessa rispetto a quella di predisposizione dell'indirizzo politico/amministrativo nella quale la programmazione spesso è stata fatta rientrare.

Se si analizzano le norme richiamate, sia con riferimento alla programmazione interna sia a quella esterna, ci si rende conto che la "discrezionalità programmatica" assume una veste multiforme con il progredire delle fasi in cui essa si svolge (secondo la definizione strutturale fornita in precedenza): nella fase di selezione o concretizzazione degli interessi, la scelta assume la massima latitudine possibile (similmente a quanto accade nella attività di indirizzo); nella fase di individuazione e predisposizione dei mezzi, la discrezionalità è più limitata deve tenere in debito conto gli interessi individuati e, innanzitutto, operare scelte programmatiche proporzionate e funzionali al raggiungimento delle finalità previste, anche attraverso l'esercizio scelte di tipo tecnico; infine, a seguito della attuazione dei controlli, che hanno anche una funzione correttiva del sistema, la discrezionalità programmatica si restringe ulteriormente, dovendo l'amministrazione operare la correzione della precedente scelta in funzione di quanto emerso dal controllo.

Considerata nel suo insieme, la "discrezionalità programmatica" è sicuramente suscettibile, sia da parte degli stessi organismi amministrativi sia da parte del giudice, di un sindacato più intenso in funzione della sua ragionevolezza nonché della sua efficienza ed economicità rispetto ai soli casi di manifesta illogicità o di palese travisamento dei fatti, come invece accade per attività di indirizzo considerate ampiamente discrezionali⁹¹.

⁹¹ A esempio con riferimento al programma urbano dei parcheggi, previsto dall'art. 3 della l. n. 122/1989, la giurisprudenza ha precisato che questo costituisce uno strumento di programmazione di natura urbanistica, adottato dai Comuni all'esito di un complesso procedimento, preordinato ad armonizzare l'evoluzione dei centri abitati con l'utilizzo dei mezzi di trasporto privati. L'adozione di tale strumento, parimenti a tutti gli atti di natura pianificatoria, è frutto dell'esercizio di discrezionalità amministrativa e tecnica, passibile di un sindacato giurisdizionale estrinseco sotto il profilo dell'irragionevolezza e dell'illogicità (T.A.R. Lombardia, Milano sez. III, 4 aprile 2014, n. 893). Anche se poi la regola generale della non necessità di una specifica indicazione delle ragioni giustificatrici della scelta di programmazione urbanistica soffre di talune eccezioni. Si tratta di quelle situazioni specifiche nelle quali il principio di affidamento impone che venga esplicitato il giudizio di comparazione degli interessi pubblici e di quelli privati, che è, pertanto, sindacabile da parte del giudice amministrativo. Le tre tipiche situazioni, in cui la giuri-

Di interesse in tal senso è una decisione del Consiglio di Stato (sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5494) secondo la quale non possano ritenersi legittimi gli atti di programmazione, anche urbanistica, con cui vengono imposti limiti territoriali all'insediamento di attività commerciali, qualora non sussistano motivi imperativi di interesse generale, ovvero che pongono limiti non ragionevoli, non adeguati o non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche perseguite⁹². Tale affermazione implica un ampliamento dei margini del sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere nell'esercizio della discrezionalità amministrativa di pianificazione (del territorio) incentrato sui contenuti degli atti di programmazione in modo più penetrante di quanto si riteneva consentito in passato. Il giudice, infatti, verifica la sussistenza dei motivi imperativi di interesse generale sottesi alle limitazioni imposte dagli strumenti urbanistici, onde valutare, attraverso un'analisi degli atti preparatori e delle concrete circostanze di fatto, se effettivamente i divieti imposti possano ritenersi correlati e proporzionati a effettive esigenze di tutela dell'ambiente urbano o all'ordinato assetto del territorio. Si può constatare come sia notevole l'avanzamento della soglia del sindacato giurisdizionale.

sprudenza amministrativa ha individuato interessi legittimi particolarmente qualificati, che impongono l'obbligo di motivare le scelte del piano, sono: a) l'avvenuta stipulazione di una convenzione di lottizzazione; b) l'annullamento, con sentenza passata in giudicato, del diniego di concessione edilizia; c) la reiterazione di un vincolo espropriativo scaduto. Qualora venga reiterato un vincolo espropriativo la motivazione va ancorata a una serie di parametri oggettivi, in quanto, oltre alla persistenza dell'interesse pubblico e alla sua attualità, vanno evidenziate: le specifiche ragioni del ritardo; la mancanza di possibili soluzioni alternative o di perequazione fra i proprietari espropriabili e, dunque, l'ineluttabilità della scelta dell'area già vincolata; la serietà e affidabilità della realizzazione nei termini previsti delle opere di cui trattasi e, infine, la ragionevole dimostrazione, sulla scorta della situazione dei luoghi, che la rinnovazione del vincolo sulla stessa area è necessaria per realizzare l'opera o l'intervento pubblico (Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 12 febbraio 2016, n. 440). Una larvata evoluzione nel modo di interpretare il sindacato del giudice sull'atto si può intravedere nella giurisprudenza riferita alla programmazione in materia di pubblico impiego che la deliberazione con cui la Giunta Regionale programma le assunzioni nel triennio rientra tra gli atti che costituiscono esplicazione dei poteri di auto-organizzazione dell'amministrazione per cui sarebbe il risultato di un'ampia discrezionalità, che non necessita di una motivazione particolarmente penetrante, essendo sufficiente, al riguardo, la sintetica enunciazione delle ragioni che ne giustificano l'adozione, salvo il rispetto dei principi inerenti alla coerenza logica e alla non manifesta irragionevolezza, che devono sempre ispirare l'azione amministrativa, nonché l'osservanza delle norme di legge che disciplinano la materia e che individuano le modalità e i criteri ai quali, nel rispetto dell'autonomia dell'ente, quest'ultimo deve fare riferimento nell'espressione delle scelte organizzative (Tar Valle D'Aosta, 11 giugno 2014, n. 40).

⁹² Ripresa dal Tar Liguria, sez. I, 8 novembre 2016, n. 1091.

Così come è differente rispetto alla attività di indirizzo, l'attività programmatica differisce marcatamente rispetto agli atti che hanno la funzione di individuare i criteri per lo svolgimento della azione amministrativa, autovincolando la discrezionalità: un atto di programmazione, infatti, non può paragonarsi a un bando di gara o di concorso⁹³, poiché non si limita alla determinazione di parametri, ma opera scelte di base.

In sostanza, la programmazione stabilisce l'“an” della scelta discrezionale, ossia se l'intervento sulla base di quei bisogni che emergono dalla istruttoria e sono il frutto della ponderazione fra i vari interessi debba o non debba essere realizzato. Inoltre, l'atto programmatico può disporre un ordine di priorità degli interventi da realizzare, come nel caso delle opere pubbliche, per cui in linea di massima, stabilisce anche il “quando” della decisione. Se “an” e “quando” sono predeterminati dal lato programmatico, rimangono alla scelta puntuale gli altri aspetti relativi al “quomodo” ossia al come realizzare l'intervento che spesso si traduce nella individuazione del migliore strumento attuativo ma che può considerarsi aspetto secondario del processo decisionale.

⁹³ Si veda anche P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Padova 1990. Ma al di là di queste considerazioni sembra anche potersi affermare che sia da condividere quella dottrina secondo la quale all'interno del fenomeno dell'anticipazione delle scelte convivano entrambe le funzioni, sia quella propulsiva sia quella di condizionamento alla futura azione della pubblica amministrazione R. VILLATA E M. RAMAJOLI, cit., 167. Parla di autovincolo nell'attività di programmazione e pianificazione così come nei bandi di gara o concorso o nelle procedure di elargizione delle sovvenzioni, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 139. L'Autore indica la discrezionalità come scelta che delinea un'opzione strategica dell'amministrazione e riflette la visione complessiva degli obiettivi e dei mezzi dell'azione pubblica elaborata in sede di indirizzo politico, ispirata ad obiettivi di massimizzazione dell'interesse pubblico. E considera come tema saliente quello della limitazione progressiva della sfera discrezionale che consente di assicurare un bilanciamento tra esigenze di conformazione e istanze di flessibilità. L'Autore analizza, poi, in chiave di costi benefici tale tematica: limitare la discrezionalità presenta alcuni costi che crescono con l'aumentare dei vincoli. In qualche modo con la circoscrizione della discrezionalità verrebbe limitata la funzione per la quale sono nati gli apparati burocratici. Il legislatore incontra *ex ante* elevati costi di decisione e la limitazione della discrezionalità riduce la capacità delle amministrazioni di adattarsi alle circostanze e al loro mutare e in ultima analisi di soddisfare le preferenze collettive. Quindi, legislatore nel decidere quanta discrezionalità attribuire alle amministrazioni deve svolgere una complessa ponderazione: da un lato ci sono i benefici in termini di scelte appropriate e informate che derivano dall'attribuzione di un'ampia sfera decisionale alle amministrazioni competenti; dall'altro le perdite, anche dal punto di vista distributivo, che possono derivare da scelte arbitrariamente o erroneamente compiute. Il legislatore, quindi, può ridurre il rischio di sviamento regolando in maniera minuziosa l'attività della pubblica amministrazione però l'eccesso di regole comporta una diminuzione della flessibilità decisionale della pubblica amministrazione.

Se la programmazione assume i connotati appena indicati, allora la successiva attività dovrà essere valutata in termini di violazione o meno dell'atto programmatico, anche in chiave di buon andamento, efficacia e efficienza, principi che oramai si possono considerare parametri di valutazione della legittimità dell'azione, in quanto codificati. Nella decisione attuativa, infatti, vi è ben poco del merito amministrativo.

Preme rilevare che le manifestazioni della funzione di programmazione come antecedenti delle decisioni non devono essere lette nella prospettiva di un arretramento o regressione delle manifestazioni autoritative dei pubblici poteri; l'autorità in questi casi non si riduce come, invece, sempre più spesso accade attraverso istituti che tendono a elidere le manifestazioni autoritative, creando tuttavia sempre maggiori incertezze (si pensi alla scia, che ha come conseguenza quella di creare incertezze e confusione di comportamenti)⁹⁴. Nel caso delle programmazioni il momento autoritativo si sposta a un momento che precede la statuizione relativa al caso concreto e che potrebbe definirsi discrezionalità programmatica.

8. *Le garanzie procedurali nell'attività di programmazione: partecipazione, accesso e motivazione*

8.1. Il tema delle garanzie procedurali nell'attività di programmazione è direttamente collegato alla sua possibile contestazione per le omissioni di tali garanzie da parte degli interessati e alla possibilità che l'illegittimità del programma, atto presupposto, possa riverberarsi sugli atti esecutivi.

Si rileva che sempre più spesso a livello normativo viene dettata una disciplina del procedimento di programmazione. Il legislatore non sempre in grado di fissare gli obiettivi da realizzare, demandandoli alla fase programmatica, si preoccupa, almeno, di disciplinare le modalità di svolgimento di tale fase del processo decisionale.

Così come accade per i provvedimenti puntuali, anche i programmi, poiché pongono in essere decisioni, devono essere adottati sulla base di una adeguata istruttoria; per una adeguata istruttoria la partecipazione dei soggetti interessati è fondamentale⁹⁵.

⁹⁴ M.A. SANDULLI, *Dalla D.I.A. alla S.C.I.A., una liberalizzazione a rischio*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, II, 465.

⁹⁵ Sul concetto di istruttoria come decisione nel farsi dinamico si veda A. ZITO, *Le*

8.2. La legge 7 agosto 1990, n. 241 (art. 13) esclude l'applicazione delle norme sulla partecipazione con riferimento agli atti programmatori e quelli di pianificazione, ma tiene ferme le forme di partecipazione particolari che sono previste dalle normative settoriali.

Nella attività di pianificazione territoriale e urbanistica la partecipazione si concretizza nell'istituto delle osservazioni, così come nell'attività di programmazione dei contratti pubblici. Tale adempimento consente alla collettività di realizzare un controllo ed esprimere un giudizio sullo schema di programma prima della sua adozione⁹⁶.

Accanto alle osservazioni strumenti di garanzia procedimentale che potremmo definire tradizionali, si affacciano nell'ordinamento giuridico nuovi strumenti partecipativi, conosciuti già in altri ordinamenti, come il dibattito pubblico disciplinato dall'art. 22 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) ma facilmente utilizzabile in ampi settori della vita amministrativa.

Si tratta di una declinazione della partecipazione nella fase di pianificazione e progettazione di un intervento relativo alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale⁹⁷. In particolare, le grandi opere infrastrutturali aventi impatto rilevante sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio verranno sottoposte obbligatoriamente a un dibattito pubblico che ha la funzione di raccogliere le osservazioni da parte delle amministrazioni interessate, dei soggetti pubblici e privati portatori di interessi. Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo e poi sono discusse in sede di conferenze di servizi relative all'opera sottoposta al dibattito medesimo.

Il dibattito pubblico si può configurare come l'istituto che meglio garantisce la partecipazione delle comunità locali nella fase di programmazione delle scelte soprattutto in settori molto delicati nella vita della

pretese partecipative, cit., 133; si veda anche G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 557 per il quale: "La indeterminatezza ed indefinibilità dell'interesse pubblico generale, la immanicabile dissociazione (da riempire attraverso il procedimento) tra interesse pubblico astratto e interesse pubblico concreto e la conseguente lesione del principio di legalità, sono controbilanciati dal procedimento e dalla regola della ragionevolezza che lo impronta, volta a dare una coerenza logica e una proporzionalità alla sequenza accertamento dei fatti, selezione degli interessi, provvedimento finale".

⁹⁶ Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824.

⁹⁷ Questa forma partecipativa si ispira all'esperienza della *Commission National du Débat Public* (CNDP) francese, ove costituisce una fase della procedura di sviluppo dei progetti infrastrutturali a grande impatto ambientale.

collettività di riferimento come quello dell'ambiente, delle opere pubbliche e dei diritti sociali⁹⁸. Tale partecipazione è funzionale alla più ampia circolazione delle informazioni la quale rende sicuramente migliore la qualità delle programmazioni e serve a “debellare” la sindrome del *Not In My Back Yard* (NINBY), che sembra venire in rilievo a ogni cambiamento più o meno rilevante per lo sviluppo della vita civile e economica degli Stati. Il legislatore, infatti, si è reso conto che i costi sociali ed economici relativi alla realizzazione di una infrastruttura strategica di forte impatto ambientale risultano essere sicuramente maggiori allorché il progetto non sia stato condiviso dalla comunità locale dei cittadini insistenti sul territorio.

8.3. Al di là di queste tipologie di partecipazione che coinvolgono le collettività di riferimento, le garanzie partecipative scattano in tutte quelle ipotesi di atti di pianificazione/programmazione ove sia possibile individuare i soggetti destinatari dei precetti in essi contenuti. Per esempio, la giurisprudenza ha affermato che se con il piano di dimensionamento scolastico si prevede la soppressione di un plesso scolastico, nel procedimento relativo alla sua formazione debba essere consentita la partecipazione dei rappresentanti degli istituti interessati dalla soppressione e poiché il piano ha effetti sia sugli alunni, diretti fruitori del servizio scolastico, sia sui soggetti (personale docente e di amministrazione) che stabilmente operano nell'ambito della scuola, a questi deve essere riconosciuta una posizione peculiare da cui discende un interesse diretto concreto e attuale all'eventuale impugnativa⁹⁹.

8.4. Le garanzie procedurali si estendono anche al diritto di diritto di accesso. Così come nell'ipotesi della partecipazione, anche nel caso del diritto di accesso la normativa dispone una espressa esclusione con riferimento all'attività diretta all'emanazione degli atti di programmazione e di pianificazione, per i quali comunque “restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione”¹⁰⁰.

⁹⁸ Si veda B. G. MATTARELLA, *Le dieci ambiguità della legge 15/2005*, in *Gda*, 2005, 218, il quale rilevava che i meccanismi di *notice and comment* hanno diffusione pervasiva sia a livello comunitario sia a livello globale e che la l. n. 241/1990 da questo punto di vista è invecchiata in fretta.

⁹⁹ Tar Liguria, Genova, sez. II, 28 agosto 2009, n. 2289.

¹⁰⁰ P. ALBERTI, *I casi di esclusione dal diritto di accesso* in M.A. Sandulli (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, Milano 2016, 1289.

Sul punto occorre rilevare che gli istituti volti a garantire la partecipazione nella fase di formazione del programma (pubblicazione, osservazioni, dibattito pubblico) sembrano garantire adeguatamente la trasparenza di questi attività. Inoltre, certamente funzionale a tale scopo è la previsione dell'accesso generalizzato (previsto dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97), che rappresenta l'evoluzione del principio di trasparenza nel nostro ordinamento e che consente un controllo generalizzato, non ancorato ad uno specifico interesse del richiedente, dell'azione della pubblica amministrazione¹⁰¹.

8.5. Problema delicato è quello della motivazione degli atti programmatori.

Alcune norme prevedono espressamente la motivazione delle scelte programmatiche come si è visto nel caso degli enti locali. In generale, però, l'obbligo di motivazione è escluso dall'art. 3 della legge n. 241/1990 per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale.

Mentre l'esenzione dall'obbligo di motivazione non ha suscitato perplessità con riferimento agli atti normativi, in considerazione della intrinseca politicità degli stessi, il problema si è posto per gli atti generali e, quindi, anche per quelli di programmazione e pianificazione¹⁰².

A fronte di posizioni che escludono la motivazione con riguardo ad atti che non incidono direttamente su situazioni giuridiche soggettive data la loro generalità¹⁰³, ve ne sono altre per le quali la generalità dell'atto non è sufficiente a escludere l'obbligo di motivazione, e ciò accade soprattutto nelle ipotesi di atti preordinati alla definizione di presupposti per l'adozione di ulteriori provvedimenti¹⁰⁴. Quest'ultimo aspetto, come visto, caratterizza l'attività di programmazione e pianificazione.

Ulteriore orientamento ha ritenuto che gli atti di pianificazione e programmazione debbano comunque essere motivati alla luce dell'interpretazione letterale della norma di cui all'art. 3: infatti, questa non cita gli

¹⁰¹ Sull'evoluzione del principio di trasparenza nell'azione amministrativa si veda A. CORRADO, *La "trasparenza" nella legislazione italiana*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, cit., 1407.

¹⁰² Sul problema della motivazione degli atti programmatori si veda F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, cit., 467. S. BACCARINI, *Sindacabilità della discrezionalità del potere di pianificare e legittimità della normativa*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, II, 100 esprime perplessità in merito alla esenzione dall'obbligo di motivazione degli atti generali.

¹⁰³ G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., 306.

¹⁰⁴ A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova 2013.

atti di programmazione e pianificazione, mentre il legislatore quando ha voluto limitare le garanzie procedurali per queste categorie di atti lo ha disposto espressamente (art. 13 sulla partecipazione; art. 24 sull'accesso)¹⁰⁵.

Tali argomentazioni sono pienamente condivisibili. Inoltre, è condivisibile quell'orientamento che considera la motivazione obbligatoria in tutti i casi in cui l'amministrazione compie una decisione al di là della forma che l'atto assume¹⁰⁶. Si è visto che gli atti di programmazione compiono decisioni, talvolta incidendo direttamente su situazioni giuridiche soggettive.

8.6. Tutto ciò contribuisce a confermare che nell'ambito degli atti a carattere generale quelli programmatori hanno un regime procedimentale del tutto peculiare che riporta verso quello ordinario: se gli atti generali sono la deroga al regime ordinario, gli atti programmatori, per molti aspetti, rappresentano una deroga della deroga in virtù di norme settoriali in cui trovano applicazione, variamente declinati, gli istituti della legge n. 241/1990.

Tali considerazioni portano anche a riflettere sulla circostanza che nell'ambito della attività programmatoria la pubblica amministrazione viene in contatto con i privati che possono vantare situazioni giuridiche tutelabili.

L'omissione di una garanzia procedurale rende l'atto programmatorio illegittimo e, quindi, potrebbe essere oggetto di impugnazione da parte dei soggetti interessati ai quali sia stata preclusa la partecipazione alla fase delle scelte fondamentali (si pensi ai soggetti esponenziali di interessi diffusi, o espressione delle collettività di riferimento).

Ovviamente, deve essere attentamente valutata la legittimazione e l'interesse alla proposizione della azione giurisdizionale, non dimenticando che si tratta pur sempre di atti generali.

¹⁰⁵ M.A. SANDULLI, *Rilevanza e trasparenza dei motivi nel procedimento e nel processo*, in AA.VV., *Atti del convegno di Brescia 18-19 ottobre 1991*, Roma 1995.

¹⁰⁶ E. CANNADA BARTOLI, *In tema di motivazione degli atti a contenuto generale*, in *Foro amm.*, 1995, 4, 1088, secondo il quale la dispensa dall'obbligo di motivazione riguarda la "motivazione riferita alla forma dell'atto" e non la "motivazione del provvedere". F. CARDARELLI, *cit.*, 469.

9. *La stabilità delle decisioni programmatiche, la tutela del legittimo affidamento e gli effetti dell'annullamento*

9.1. Il tema delle situazioni giuridiche tutelabili viene in rilievo anche nelle ipotesi in cui le norme consentano al privato di entrare nel processo decisionale proponendo soluzioni programmatiche e, quindi, diventando esso stesso promotore di scelte.

Sul punto è emblematica la tematica dell'urbanistica consensuale, della programmazione negoziata e della apertura al privato dell'attività di programmazione delle opere pubbliche (si pensi al ruolo del promotore nella disciplina della finanza di progetto che può anche promuovere l'inserimento dell'intervento da lui ideato nel programma triennale).

Una volta concepito il sistema della programmazione come sistema aperto, volto al possibile recepimento delle istanze del privato e al loro apporto decisionale, si vengono a creare situazioni giuridiche soggettive tutelabili, anche sotto il profilo del legittimo affidamento, allorché l'amministrazione effettui scelte irragionevoli.

Il problema riguarda anche le variazioni delle scelte programmatiche. In questi casi, la variazione di tali scelte deve essere legata a situazioni imprevedibili al momento della programmazione: il principio generale è che la programmazione dovrebbe essere dotata di una certa stabilità. È chiaro che nell'ipotesi di eventi imprevisi e imprevedibili al momento della programmazione la variazione potrà non richiedere una particolare motivazione; al contrario tale motivazione deve essere adeguatamente fornita nell'ipotesi in cui, per effetto di un mutamento delle scelte programmatiche dell'ente, vengano poste in discussione scelte programmatiche che avevano ingenerato un legittimo affidamento (si pensi all'ipotesi di mutamento ingiustificato nell'ambito della programmazione delle chiamate universitarie o della programmazione delle opere pubbliche in caso di intervento proposto del privato, inserito nel programma e poi rimosso da questo)¹⁰⁷.

9.2. Problema delicato riguarda gli effetti della sentenza di annullamento della programmazione. In questo caso viene in rilievo il problema della modulazione degli effetti dell'annullamento (addirittura *ex nunc*)¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Tar Liguria, sez. II, 25 marzo 2009, n. 438. Sulla questione della modificabilità degli atti generali e del correlato obbligo di motivazione di veda M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 79.

¹⁰⁸ Sulla ammissibilità della disapplicazione di atti generali si veda M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit., 100.

Proprio con riferimento all'annullamento di un atto pianificatorio, infatti, vi è stata una decisione del Consiglio di Stato che ha ritenuto possibile la modulazione degli effetti dell'annullamento per salvaguardare gli effetti dell'atto, anche se annullato, fino all'adozione del nuovo piano¹⁰⁹. La dottrina, però, ha rifiutato questa impostazione assumendo che gli effetti dell'annullamento non sono plasmabili, in assenza di una apposita norma¹¹⁰. La decisione è rimasta isolata, ma l'esigenza di concepire su nuove basi il potere di annullamento con riferimento a un atto di pianificazione pone il problema degli effetti degli atti illegittimi sulla successiva attività dell'amministrazione.

10. La programmazione come presupposto e l'invalidità derivata

Da quanto esposto si ricava che l'atto programmatorio illegittimo qualora si configuri come presupposto del successivo atto esecutivo può a sua volta viziarsi per invalidità derivata.

Il problema è verificare se l'atto programmatorio possa configurarsi presupposto in senso tecnico.

Se la norma crea un collegamento fra la programmazione e la successiva azione (si pensi alla programmazione negli enti locali o alla programmazione nelle opere pubbliche) il vizio dell'atto programmatorio può trasmigrare anche nell'atto consequenziale, viziandolo a sua volta. Infatti, il nesso di presupposizione tra provvedimenti deriva da previsioni normative che configura l'emanazione di un provvedimento come condizione necessaria affinché l'altro possa legittimamente venire ad esistenza.

Più difficile è il riconoscimento di tale nesso se non vi sono norme che si esprimono in questo senso¹¹¹.

In via generale, la nozione di atto presupposto, con riferimento ad atti di un unico procedimento o ad atti autonomi, è fondata sull'esistenza di un collegamento fra gli atti stessi, così stretto nel contenuto e negli

¹⁰⁹ Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755.

¹¹⁰ Sul punto sia consentito rinviare a R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 127.

¹¹¹ Su tale distinzione si veda anche A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940, 55. Per una ricostruzione del rapporto di presupposizione nell'ottica della operazione amministrativa si veda S. DETTORI, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo. Contributo allo studio della funzione complessa*, Napoli 2006, 12.

effetti, da far ritenere che l'atto successivo sia emanazione diretta e necessaria di quello precedente¹¹².

Tale collegamento, quindi, può riscontrarsi al di fuori del procedimento (presupposto esoprocedimentale) e ciò induce a ritenere che il vizio dell'atto di programmazione che spesso è esterno al procedimento relativo all'atto attuativo (si pensi alla programmazione di un'opera pubblica e alla procedura di aggiudicazione del contratto relativo a quell'opera o ancora al piano urbanistico e al procedimento relativo al rilascio del titolo abilitativo),¹¹³ si ripercuote sul provvedimento finale perché il vizio di un atto che riversi in qualche modo i suoi effetti su di un altro contribuisce a determinarne anche la conseguente invalidità, a prescindere dal tipo di collegamento, procedimentale o meno, che lega gli atti medesimi.

11. *La patologia della programmazione e degli atti esecutivi: violazioni, elusioni e omissioni*

11.1. Oltre agli aspetti patologici della programmazione occorre indagare anche le conseguenze della violazione delle prescrizioni programmatiche che possono indentificarsi nella sua palese violazione o nella sua elusione, mentre altro problema è quello della adozione di un atto in una situazione di omissione di programmazione, ossia in violazione dell'obbligo di programmazione e delle sue conseguenze.

Si è visto in precedenza che alcune norme prevedono sanzioni e la responsabilità per danno erariale in caso di violazione delle indicazioni programmatiche.

In via generale, al di là delle singole previsioni normative, sembra potersi affermare che la violazione della programmazione possa comportare di regola un vizio dell'atto amministrativo esecutivo contrastante con essa.

In presenza di una programmazione, il cui carattere peculiare sia

¹¹² Ad esempio con riferimento alla pianificazione urbanistica è stato affermato che il rapporto che intercorre tra il piano di zona per l'edilizia economica e popolare ed il programma pluriennale ex art. 38, l. 22 ottobre 1971 n. 865 e gli atti di avvio della procedura di espropriazione è di invalidità ad effetti caducanti poiché l'atto presupposto (piano di zona) entra nel modello legale dell'atto consequenziale come requisito di esistenza di questo (Tar Puglia, Bari, sez. II, 12 gennaio 2007, n. 138).

¹¹³ Si veda F. LUBRANO, *L'atto amministrativo presupposto, (spunti di una teorica)*, Roma 1992.

quello della precettività, l'atto in violazione è atto illegittimo e non inopportuno: non si tratta più di merito amministrativo ma di esercizio di quel che residua del potere discrezionale che già si è manifestato nelle scelte dell'atto programmatico¹¹⁴.

Per esempio un bando di gara relativo a un'opera non inserita nel programma triennale sarà illegittimo e potrà essere annullato, così come un'assunzione in deroga alla programmazione.

Una conferma a tale affermazione si può trarre da quella giurisprudenza che ha ritenuto legittima la decisione di un'Azienda ospedaliera di non procedere alla aggiudicazione di una gara sulla base della motivazione che era necessario riallineare la spesa aziendale agli obiettivi di programmazione regionale e che l'impegno per gli anni previsti non era sostenibile finanziariamente¹¹⁵. Infatti, per la giurisprudenza, il valore vincolante delle determinazioni regionali in materia di limiti di spesa sanitaria esprime la necessità che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga nell'ambito di una pianificazione finanziaria¹¹⁶.

Indicativa può essere anche la vicenda della programmazione del numero chiuso nelle facoltà di medicina. Anche qui la giurisprudenza ha chiarito che la limitazione degli accessi ai corsi universitari attraverso lo strumento della programmazione risponde all'esigenza di garantire standard minimi formativi identici su tutto il territorio nazionale (e co-

¹¹⁴ La giurisprudenza non sembra aver recepito del tutto tale concetto. Infatti, sui provvedimenti di dimensionamento scolastico si afferma che non dovrebbero richiedere una particolare motivazione, trattandosi di scelte discrezionali dell'amministrazione regionale riguardanti la programmazione della rete scolastica, che risultano motivate in relazione ai criteri generali di ordine tecnico-discrezionale seguiti nella predisposizione del Piano di dimensionamento scolastico e, quindi, essendo connotati da una ampia discrezionalità, sarebbero sindacabili solo se affette da errori palesi o da profili di manifesta irrazionalità o irragionevolezza (Tar Lazio, Latina, sez. I, 9 novembre 2016, n. 713). Sul punto occorre opinare che nel momento in cui i provvedimenti puntuali sono influenzati dal piano di dimensionamento scolastico e non ne rispettano i criteri non possono connotarsi da ampia discrezionalità sostanzialmente non sindacabile ma devono essere sindacabili alla stregua di provvedimenti in violazione di parametri di legittimità dati in questo caso dal piano.

¹¹⁵ Tar Campania, Napoli sez. I, 3 luglio 2012, n.3165. D'altra parte il tetto di spesa sanitaria rappresenta un vincolo ineludibile che costituisce la misura delle prestazioni sanitarie che il Servizio sanitario nazionale può erogare e può così permettersi di acquistare da ciascun erogatore privato; di conseguenza, deve considerarsi giustificata (anche) la mancata previsione di criteri di remunerazione delle prestazioni extra -budget per la necessità di dover comunque rispettare i tetti di spesa e, quindi, il vincolo delle risorse disponibili (Tribunale Roma, sez. II, 1 giugno 2017, n. 11130).

¹¹⁶ Tar Campania, Napoli, sez. I, 3 novembre 2015, n. 5096.

munitario). Diversamente da quanto affermato da recentissime decisioni cautelari, una volta fissati gli obiettivi e il numero di studenti da immettere nel sistema, questi obiettivi devono essere rispettati tanto è vero che è stato ritenuto illegittimo il mancato scorrimento della graduatoria per tutti i posti disponibili programmati¹¹⁷.

Le citate decisioni contribuiscono a dimostrare quanto affermato in precedenza: la programmazione consente al giudice di valutare l'atto esecutivo sulla base dell'atto programmatico che diviene parametro di legittimità.

Si tratta comunque di stabilire se la violazione del parametro programmatico da parte dell'atto successivo si possa considerare manifestazione del vizio di eccesso di potere oppure di violazione di legge.

Come noto l'ambito di applicazione del vizio di eccesso di potere si è ristretto enormemente allorché è stata effettuata da parte della legge n. 241/1990 una più puntuale codificazione dei principi direttivi dell'azione della pubblica amministrazione. Per cui una decisione finale posta in violazione del parametro programmatico potrebbe anche essere viziata per violazione di legge in quanto contraria al principio di efficacia, economicità ed efficienza della pubblica amministrazione, previsti dalla legge n. 241/1990. Il discorso è relativamente semplice se si pensa all'ipotesi di un atto che apertamente viola il parametro (per esempio un'opera bandita non inserita nell'atto di programmazione o un'assunzione non programmata). L'individuazione del vizio appare più complessa qualora venga adottato un atto formalmente rispettoso della programmazione ma poi non in grado di raggiungere l'obiettivo prestabilito ovvero un atto adottato per raggiungere una finalità differente da quella programmata. In questo caso, l'atto esecutivo si potrebbe considerare come atto elusivo della programmazione e, quindi, viziato per eccesso di potere.

Vi sono casi in cui si potrebbe prospettare anche la illegittimità relativa al vizio di incompetenza. Si pensi all'ipotesi della programmazione negoziata. In precedenza si è rilevato che istituti come intesa generale quadro o l'accordo di programma quadro sono vincolanti per le parti. Ma la norma nulla dice a proposito delle sanzioni in caso di inottemperanza a quanto concordato. Peraltro, trattandosi di accordi che regolano essenzialmente le funzioni esercitabili da ciascun soggetto pubblico, in caso di violazione di esso ai soggetti lesi sarà data la possibilità di sindacare gli atti posti in essere anche per il vizio di incompetenza. I ricorrenti

¹¹⁷ Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 7 giugno 2007, n. 1637.

potranno essere sia i soggetti privati interessati all'intervento sia il soggetto pubblico che si ritiene danneggiato dall'esercizio illegittimo delle funzioni amministrative da parte di altro soggetto pubblico.

11.2. Ulteriore ipotesi è quella della omissione dell'atto puntuale richiesto dalla programmazione. Viene in rilievo la tematica della doverosità del rispetto della programmazione da parte della pubblica amministrazione e, quindi, del silenzio inadempimento e del conseguente risarcimento del danno da ritardo.

Una ipotesi simile si può rinvenire in urbanistica con riferimento alle zone bianche ossia non pianificate per decadenza del vincolo espropriativo. In questi casi sorge l'obbligo dell'amministrazione, anche a prescindere dall'impulso della parte privata, di avviare tempestivamente il procedimento finalizzato alla riqualificazione dell'area mediante una specifica e appropriata destinazione urbanistica. La giurisprudenza ha affermato che il prolungato soprassedere in tal senso consente al privato di attivare i rimedi avverso il silenzio e, in caso di ulteriore inerzia, il rimedio risarcitorio per i danni causati dallo stato di incertezza sull'impiego del bene¹¹⁸.

Potrebbe venire in rilievo anche la fattispecie contraria, ossia l'adozione di un atto in assenza di programmazione benché la norma la esiga per poter adottare l'atto puntuale.

Siamo ancora nell'ipotesi di cattivo esercizio del potere o in quella di carenza? Se la norma demanda alla programmazione la individuazione dell'interesse pubblico concreto è innegabile che ci si avvicini alla ipotesi di carenza di potere (d'altra parte le norme sul pubblico impiego prevedono la nullità delle assunzioni disposte anche in assenza della necessaria programmazione).

11.3. Il problema della omissione della programmazione induce poi a considerare le conseguenze dell'inadempimento anche in relazione alla responsabilità per danno erariale¹¹⁹.

La Corte costituzionale a proposito della mancata adozione di un piano per le affissioni pubblicitarie ha sostenuto che la norma sul termine del procedimento di cui all'art. 2 della legge n. 241/1990 è applicabile anche ai procedimenti di pianificazione e di programmazione. La mancata

¹¹⁸ Consiglio di Stato, sez. IV, 24 agosto 2016, n. 3684.

¹¹⁹ Tar Lazio, Latina, sez. I, 5 maggio 2009, n. 399, secondo la quale l'adozione del "Piano di utilizzazione degli arenili" costituisce da parte della Regione un vero e proprio obbligo giuridico e non una semplice facoltà.

osservanza del termine per provvedere è motivo di illegittimità del comportamento della pubblica amministrazione, ma non determina la perdita del potere di provvedere. Da ciò consegue che i soggetti interessati alla conclusione del procedimento possono insorgere utilizzando, per la tutela della propria situazione soggettiva, tutti i rimedi che l'ordinamento appresta in via generale in simili ipotesi¹²⁰.

Sulla omissione, inoltre, occorre rilevare che può venire in rilievo anche la c.d. *class action* nei confronti della pubblica amministrazione prevista dal d.lgs. 29 dicembre 2009, n. 198¹²¹. La normativa citata, infatti, stabilisce che al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, i titolari di interessi giuridicamente rilevanti e omogenei possano agire in giudizio nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, qualora dalla violazione di termini o dalla mancata adozione di atti amministrativi generali obbligatori da emanarsi obbligatoriamente entro termini stabiliti dalla legge derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi. In tale categoria rientrano anche gli atti programmatori. Infatti, una delle scarse decisioni in argomento ha riguardato proprio il ritardo nella adozione del piano generale di edilizia scolastica. In quel caso il giudice ha ordinato al Ministero l'adozione di tale atto entro il termine stabilito in sentenza¹²².

Infine, dalla mancata approvazione di documenti programmatici possono derivare conseguenze in relazione alla responsabilità erariale. Recentemente, la Corte dei conti, sezione regionale del controllo per il Veneto, con deliberazione del 1° giugno 2017, n. 369, ha precisato che la mancata adozione degli atti programmatori da parte del comune e segnatamente del Peg e del piano della *performance*, determina in capo alle amministrazioni inadempienti oltre che il divieto di assunzione, in quanto tali documenti programmatici (Peg e piano della *performance*) sono condizioni necessarie per esercitare le facoltà assunzionali, anche ricadute anche in termini di responsabilità amministrativa, disciplinare ed erariale poiché tale inadempimento viola norme imperative.

¹²⁰ Corte Costituzionale, 17 luglio 2002, n. 355.

¹²¹ Sull'azione per l'efficienza si veda G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino 2012.

¹²² Tar Lazio, Roma, sez. III, 20 gennaio 2011, 552.

12. Conclusioni

L'analisi della normativa e della giurisprudenza ha messo in luce la funzione ordinante della programmazione in molti ambiti dell'agire amministrativo espressione di una discrezionalità che, attraverso l'evoluzione della normativa, ha assunto aspetti peculiari.

La circostanza che questa, poi, sia presupposto condizionante l'attività amministrativa e, quindi, operi da griglia sulla quale misurare la legittimità degli atti esecutivi contribuisce in modo considerevole alla stabilizzazione del sistema amministrativo e alla soddisfazione dell'esigenza di certezza e trasparenza nell'ambito dei rapporti fra i cittadini e la pubblica amministrazione.

Se si guarda alla evoluzione degli strumenti programmatori si può agevolmente rilevare che negli ultimi decenni vi è stato un cambiamento importante: la programmazione dell'attività di impresa da parte della amministrazione funzionale all'intervento pubblico nell'economia è modello del tutto recessivo poiché in frizione con le esigenze del libero mercato e della concorrenza. In questo campo si sono sviluppati modelli regolatori differenti dalla programmazione. Si incrementano, invece, le programmazioni che possono contribuire alla crescita economica e allo sviluppo del livello del benessere sociale della collettività. Infatti, le programmazioni di tipo settoriale, più o meno latamente sociali, come quelle socio sanitarie, quelle ambientali, quelle relative al governo del territorio e allo sviluppo delle infrastrutture vanno tutte in questa direzione, così come le programmazioni finalizzate a rendere più efficiente l'organizzazione della pubblica amministrazione. Si tratta di ambiti in cui i pubblici poteri non possono e non devono ritrarsi in quanto si identificano con la stessa ragion d'essere della pubblica amministrazione ed è indispensabile che soprattutto in questi settori l'amministrazione proceda con disegni razionali¹²³.

Da tale considerazione si può trarre altro spunto di riflessione.

Se è vero che le attività economiche private non vengono conformate dall'alto ma si autoregolamentano nel mercato, se è vero che lo sviluppo

¹²³ E ciò è decisamente un punto da tener fermo in una società che sembra sempre più evolversi verso modelli comportamentali irrazionali più o meno indotti dalle postverità della rete (significativo è l'impatto che le contestazioni sulle vaccinazioni hanno avuto sulla vita politico istituzionale del nostro Paese). Sul punto si veda di G. MONTEDORO, *Declino della ragione e diritto amministrativo delle generazioni future*, in *Apertacontrada*, Novembre 2017.

delle reti e della tecnologia sono destinate a ridurre notevolmente l'ambito delle discrezionalità; se è vero che poteri tecno-economici, poteri politici e istituzioni prive di un'investitura democratica, stanno mettendo a dura prova la tenuta delle tradizionali manifestazioni del potere amministrativo, è altrettanto vero che il fenomeno programmatico non si può considerare manifestazione di tale fenomeno.

La programmazione anticipa la scelta discrezionale e non la elide anzi si può considerare autentica espressione del potere amministrativo; laddove, la fissazione di standard è solo espressione della tecnica.

In tal senso, è indicativa la circostanza che le norme prevedano con sempre maggiore frequenza la partecipazione delle comunità di riferimento alla fase della programmazione e della pianificazione: si tratta di un momento di significativa democraticizzazione dell'esercizio del potere pubblico e indica che l'apporto di tali comunità sia indispensabile per contribuire a fornire i necessari punti di riferimento per la predisposizione del programma.

Tutto ciò contribuisce alla affermazione di un "rinascimento" della programmazione diversa dal passato con le differenti declinazioni rispetto al passato, che si è tentato di illustrare e che si pone come punto di snodo fondamentale per l'analisi delle dinamiche di azione dei pubblici poteri.

Questa rinnovata importanza della programmazione può inserirsi in un discorso più ampio sulla attuale società che è sempre più impegnata nella ricerca di sicurezza per cui la previsione e la gestione del rischio, anche attraverso la predeterminazione di comportamenti futuri, non possono più considerarsi estranei al sistema di valori che devono informare l'agire dei pubblici poteri.

IL MODELLO PROCESSUALE DI FRANZ KLEIN:
DAL CONFLITTO ALLA FUNZIONE DI MEDIAZIONE
DEL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il paradigma processuale di Franz Klein: il giudice tra assistenza e mediazione. – 3. (*segue*) ... e la particolare “fortuna” dell’impostazione kleiniana nella successiva dialettica tra processo e procedimento. – 4. Una rilettura del modello kleiniano in chiave procedimentale: valorizzazione del ruolo del responsabile del procedimento nel contesto della l. n. 241/1990. – 5. Il contraddittorio «triangolare» nell’art. 11, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990. – 6. Oltre Franz Klein: valore positivo del conflitto e tecnica del «confronto creativo». – 7. (*segue*) ... responsabile del procedimento, ascolto cd. proattivo e co-progettazione creativa. – 8. Ripresa e sviluppo di un modello: il caso della *regulation* partecipata delle amministrazioni indipendenti e la mediazione costruttiva del responsabile del procedimento. – 9. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La definizione dell’ambito funzionale entro il quale è riconducibile lo studio della figura del responsabile del procedimento nel contesto del processo di evoluzione che ha investito la legge n. 241 del 1990, presenta un carattere di formale – ancorché soltanto apparente – invarianza rispetto al modello originariamente delineato dal legislatore¹. La speciale attenzione rivolta ad alcuni istituti disciplinati dalla ricordata legge, la cui

¹ Per un inquadramento dei profili di evoluzione che hanno caratterizzato, dal punto di vista funzionale, la figura del responsabile del procedimento si rinvia da ultimo a S. TARULLO, *Il responsabile del procedimento amministrativo: evoluzione storica e prospettive della figura*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli 2015, 299 ss., il quale rileva come la figura in questione abbia “conosciuto un’evoluzione meno visibile e più sottile” come tale “legata a ritocchi normativi a prima vista trascurabili e, soprattutto, non direttamente e dichiaratamente finalizzati a modificare la fisionomia dell’istituto, i quali tuttavia, a poco a poco, ne hanno trasformato profondamente il ruolo e la funzione rispetto all’impostazione fatta propria dal legislatore del 1990”.

evoluzione ha determinato una progressiva trasformazione del rapporto tra amministrazione e soggetti privati non può, infatti, consentire di porre in secondo piano la meno “visibile” – ma non per questo trascurabile – nuova dimensione entro la quale appare possibile collocare una indagine finalizzata ad evidenziare la peculiare funzione progressivamente assunta da tale figura nella dialettica procedimentale². In un contesto caratterizzato dalla sempre maggiore ansia regolatoria³ di un legislatore alla continua ricerca di un assetto dei rapporti tra amministrazione e cittadino idoneo a bilanciare adeguatamente le esigenze di efficienza e rapidità con quelle di garanzia, la figura del responsabile non sembra aver perso la sua attitudine a rappresentare un punto di riferimento centrale nell’ambito del richiamato modello relazionale⁴. Obiettivo di questo contributo è quello di evidenziare l’esistenza di un peculiare compito di tale figura nella gestione del conflitto endoprocedimentale, addivenendo alla individuazione dei tratti essenziali di una funzione di mediazione costruttiva tra i diversi interessi. L’idea in forza della quale il responsabile si ponga quale facilitatore e garante di un dialogo multipolare, che trova la propria

² Al proposito M. RENNA, *Il responsabile del procedimento nell’organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1994, 13 ss. (nonché ID., *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall’entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, 505 ss.); G. BANTERLE, A. TRAVI, *Commento all’art. 6 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, 34 ss.; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna 2005, 531 ss.; A. ZITO, *Compiti del responsabile del procedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 190 ss., nonché ID., *Il procedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 216 ss., per un’indagine sulla funzione decisionale e pre-decisionale del responsabile alla luce della nuova *lett e*) dell’art. 6, comma 1, della l. n. 241/1990; da ultimo sul tema P. LAZZARA, *Il responsabile del procedimento e l’istruttoria*, in ROMANO Alb. (a cura di), *L’azione amministrativa*, Torino, 2016, 262 ss.

³ Il tema è stato ampiamente affrontato dalla dottrina, tra i cui contributi si possono richiamare in questa sede E. CASSETTA, *La difficoltà di «semplificare»*, in *Dir. amm.*, 1998, 335 ss., ora in ID., *Scritti scelti*, Napoli 2015, 453 ss.; F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove autonomie*, 2008, 335 ss.; B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna 2011, spec. 31 ss., per un inquadramento dei processi di produzione legislativa attraverso il riferimento alle diverse forme in cui si manifesta l’atteggiamento del legislatore (definito, a seconda dei contesti, “anoressico”, “bulimico”, “schizofrenico” e “ipocrita”); F. FRACCHIA, *L’amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, 357 ss.

⁴ Il dato è stato evidenziato in F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 2008, spec. 30 ss., laddove l’Autore, riferendosi ad una personalizzazione dell’esercizio del potere amministrativo, osserva come il responsabile del procedimento si ponga quale figura chiamata a realizzare un equilibrio tra esigenze di efficienza sul piano operativo ed esigenze di trasparenza e controllo dell’agire amministrativo.

sedes nel procedimento decisionale, consente di impostare la riflessione partendo da un modello elaborato per il processo civile dell'Impero austro-ungarico nel 1895. In quel diverso contesto sono rinvenibili alcune coordinate ermeneutiche di fondo per poter sviluppare una riflessione che, nel passaggio dal processo al procedimento (e sul piano soggettivo dalla figura del giudice a quella del responsabile)⁵, consente di valorizzare la richiamata idea di un ruolo di mediazione facilitativa del conflitto rimessa in capo al soggetto chiamato a gestire la complessità procedimentale⁶. In questo percorso si vedrà come il modello asburgico del 1895 possa rappresentare soltanto un punto logico di partenza destinato ad essere superato ed attualizzato anche alla luce dell'apporto delle teorie sociologiche in materia di gestione dei conflitti. Tale riflessione generale troverà una più chiara specificazione in termini concreti facendo riferimento a due ambiti di osservazione: da un lato, come anticipato, quello coincidente con l'identificazione di una possibile funzione di mediazione procedimentale del responsabile dedotta dalla l. n. 241/1990; dall'altro quello attinente alla speciale conformazione che di tale figura è stata operata in relazione allo specifico contesto della regolazione in materia di servizi di pubblica utilità.

2. *Il paradigma processuale di Franz Klein: il giudice tra assistenza e mediazione*

L'impostazione che viene proposta in questo contributo e cui si è fatto richiamo in premessa può trovare una collocazione concettuale, come già anticipato, attraverso il riferimento ad un modello che, applicato in origine all'ambito del processo civile, sembra poter offrire un'utile chiave di lettura anche (e forse soprattutto) in sede procedimentale⁷. In tale

⁵ In merito a tale profilo in dottrina C. MIGNONE, *Note sul responsabile del procedimento amministrativo*, in *Quad. reg.*, 1991, 39 ss.

⁶ Richiamando, in questa sede, un'espressione tratta dalla riflessione in materia di conferenza di servizi (su cui, ad esempio, G.F. CARTEI, *Servizi (conferenza di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIV, Torino, 1999, 68 ss.; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002, 181 ss.). Sul tema, E.M. MARENGHI, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 961 ss., osserva come "si è spesso in presenza, nell'amministrazione dell'organizzazione pluralista, di proceduralizzazioni, di presenze contestuali di più soggetti decidenti e di più competenze".

⁷ In tema F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna 2012, spec. 31 ss., per una più ampia riflessione in merito al rapporto tra procedimento

ottica la funzione di impulso alla progressione procedimentale rimessa in capo al responsabile del procedimento viene ricondotta entro le coordinate di quello che si può definire in termini di modello processuale kleiniano, avendo in questa sede specifico riguardo all'idea di fondo desumibile dall'ordinanza di procedura civile di Francesco Giuseppe del 1895, di cui Franz Klein (giurista, politico e sociologo del diritto) può considerarsi a pieno titolo ideatore ed artefice⁸.

In un contesto di trasformazione del modello processuale asburgico la riforma kleiniana pone lo studio della procedura civile in una nuova prospettiva che assume rilevanza *in primis* dal punto di vista metodologico⁹. Al proposito è stato osservato come il regolamento di Klein del 1895 muova i propri passi dalla considerazione del processo non più in termini di sistema chiuso ed autoreferenziale formalisticamente orientato, quanto piuttosto dall'idea in forza della quale il modello di cui si discute

e processo alla luce del modello austriaco e del suo successivo sviluppo, con particolare riguardo al tema del contraddittorio e della partecipazione richiamando le diverse elaborazioni proposte dalla dottrina sul punto.

⁸ Sulla figura di Franz Klein (1854-1926) si veda ad esempio BALTZAREK, *Franz Klein als rechtspolitiker*, in HOFMEISTER (a cura di), *Forschungsband Franz Klein (1854-1926). Leben und wirken*, Wien, 1988, spec. 17 ss., il quale si riferisce alla definizione di Franz Klein operata da Karl Kraus come "uomo geniale" la cui riforma della procedura civile austriaca è letta in chiave di grande modernità quale vero e proprio "capolavoro di tecnica giuridica". Specificamente sulla riforma in questione C. CONSOLO, *Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore*, in *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe 1895*, Milano 2004, XL ss.

⁹ L'opera che ha costituito il fondamento per l'elaborazione della successiva ordinanza di procedura civile di Francesco Giuseppe del 1895 risale al 1891 (F. KLEIN, *Pro futuro. Beratungen über probleme der zivilprozessreform in Österreich*, Leipzig, 1891) anche se costituisce il prodotto di un'ampia riflessione già avviata mediante alcuni saggi pubblicati da Franz Klein nell'anno precedente. Quella che egli delinea nel suo lavoro monografico è una nuova strategia giudiziaria che si distacca dal modello processuale di stampo liberale per "incarnare in modo decisivo e irrefutabile lo spirito dei nuovi tempi" (C. CONSOLO, *Il duplice volto*, cit., XLII). La novità del modello proposto fu evidenziata dallo stesso padre della riforma della procedura civile asburgica alcuni anni più tardi in occasione della Conferenza di Dresda del 1901, laddove Franz Klein ebbe a chiarire come la *zivilprozess reform* del 1895 aveva aperto il processo ad una prospettiva metagiuridica, particolarmente attenta alle istanze economiche e sociali. Il motivo della riforma kleiniana fu successivamente ripreso anche da una parte della dottrina italiana, tra i cui contributi si possono ricordare in questa sede quelli di F. MENESTRINA, *Francesco Klein*, in *Riv. proc. civ.*, 1926, 271 ss., cui si rinvia per uno studio circa gli strumenti di attuazione della riforma del 1895, con particolare riguardo al ruolo degli ispettori giudiziari "nella lotta vigorosa contro il temuto abuso delle scritture preparatorie" e l'incuranza nei confronti della concentrazione processuale; e di P. CALAMANDREI, *L'opera di Francesco Klein e il processo civile austriaco*, in *Riv. proc. civ.*, 1925, I, 80 ss.

rappresenti un fenomeno complesso, la cui lettura non può prescindere dall'impostazione sociologica ed economica¹⁰. Da questo punto di vista il processo viene inquadrato quale "fenomeno sociale di massa" che in chiave teleologica necessita di una regolamentazione "quale istituto di benessere"¹¹.

In questa chiave metodologica, l'apertura del processo a schemi concettuali diversi da quello esclusivamente giuridico-formale consente di evidenziare in un'ottica sostanziale una vera e propria trasformazione del modello giurisdizionale di cui si discute in senso sociale. Trova così fondamento l'idea di una collaborazione tra parti private e giudice chiamato ad amministrare e gestire lo svolgimento di un *iter* processuale che deve rispondere alla primaria esigenza di una risoluzione rapida e giusta della controversia¹². Da questo angolo visuale il modello processuale kleiniano sottende l'idea di una azione che – richiamando una riflessione condotta con riguardo alla interazione tra sfera pubblica e sfera privata nell'esercizio del potere amministrativo in ottica globale¹³ – potrebbe definirsi di natura congiunta e cooperativa, come tale orientata teleologicamente alla verità ed alla decisione secondo giustizia.

Siffatta impostazione viene affiancata nel pensiero di Franz Klein dalla considerazione dei due postulati imprescindibili dai quali trae origine il nuovo modello processuale: da un lato l'immagine del processo come "male sociale" (*soziale übel*) collegato alla idea di una "fomentazione di odio e di ira tra le parti litiganti e di altre passioni fatali per la convivenza della società"; dall'altro la considerazione in forza della quale il conflitto

¹⁰ Il dato è stato più recentemente evidenziato da A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005, tomo I, spec. 219 ss., il quale, ricostruendo i postulati fondamentali del modello di Franz Klein, ne evidenzia la "dirompente novità" derivante dalla ricordata apertura della dinamica processuale alle istanze ultraindividualistiche in una dimensione più propriamente sociale.

¹¹ Così R. SPRUNG, *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 27 ss., spec. 38.

¹² Al proposito R. WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozess im sozialen Rechtsstaat*, Neuwied, 1978, spec. 21 ss., per una lettura della figura del giudice che va ben oltre l'idea della *bouche de la loi* aprendo verso una sua funzione quasi politica di soggetto calato nella realtà e soprattutto chiamato a partecipare agli accadimenti della società del suo tempo. Per un lettura circa la funzione educativa e preordinata al benessere sociale della procedura M. CAPPELLETTI, *Giustizia e società*, Milano 1972, 93 ss.

¹³ Il riferimento è in particolare a S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 331 ss., cui si fa rinvio per l'inquadramento della tecnica dell'agire congiunto.

che viene dedotto nello stesso processo vada ad incidere sull'economia, turbando la collaborazione pacifica, rompendo "nessi economici ordinati", bloccando valori e distraendoli "dall'ordinaria circolazione"¹⁴. In tale approccio appare piuttosto chiara la critica condotta da Franz Klein nei confronti del dogma dell'irrelevanza della controversia – e dunque del conflitto tra interessi ad essa sotteso – per la sfera pubblica. Al contrario la richiamata idea della lite come "male sociale" pone in particolare evidenza la necessità di rivolgere l'attenzione verso una rilevanza *erga omnes* della controversia, la quale non può rimanere confinata *inter partes* (quale espressione di una isolata "lotta giuridica"), ma presenta un interesse "agli occhi" dello stesso ordinamento in una prospettiva ultraindividualistica¹⁵. Si ritrova in questa affermazione un chiaro riferimento al percorso di formazione intellettuale di Franz Klein, maturato sotto l'insegnamento del maestro e giurista austriaco Anton Menger – esponente di primo piano del cd. socialismo giuridico¹⁶ e fratello dell'economista Carl Menger¹⁷ – e dalla cui impostazione deriva una visione del processo civile come "fattore" che è idoneo ad incidere sulle relazioni economico-sociali del "vivere comune", e che, per tale motivo, non può che essere pensato e strutturato in modo da configurarsi quale vero e proprio strumento di "progresso sociale"¹⁸.

All'interno di tale modello un ruolo centrale è giocato dalla figura del giudice, il quale – nell'ottica della già richiamata evoluzione del processo in senso sociale¹⁹ – diviene titolare di una funzione di guida e gestione

¹⁴ Per una tale lettura dell'approccio kleiniano ancora R. SPRUNG, *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, cit., 27 ss., cui sono riconducibili le espressioni richiamate nel testo.

¹⁵ Per un inquadramento della contrapposizione della lettura kleiniana rispetto al dogma dell'isolamento della lite e della sua rilevanza esclusivamente per le parti di causa si rinvia a M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, spec. 71 ss. sulla "funzione sociale" del processo alla luce della proposta ricostruttiva di Franz Klein.

¹⁶ Anton Menger, considerato quale il "padre" del socialismo giuridico, fu ordinario di procedura civile nell'Università di Vienna dal 1874 al 1899. Per un inquadramento del suo pensiero R. ORRÙ, *Idealismo e realismo nel socialismo giuridico di Menger*, in *Quad. fior. per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1974, 187 ss.

¹⁷ Sul cui pensiero R. FAUCCI, *Breve storia dell'economia politica*, Torino, 1991, spec. 180 ss., cui si rinvia per un inquadramento del pensiero di Carl Menger nell'ambito della teoria marginalista.

¹⁸ Cfr. M. MARINELLI, *La clausola generale*, cit., 72-73 ed in senso analogo C. CONSOLO, *Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardo-asburgica*, cit., XXXVII.

¹⁹ Su cui V. DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano 1971, spec. 74 ss., per una impostazione tendente ad evidenziare la trasformazione della figura del giudice, po-

del processo *usque ab initio*, assumendosi la responsabilità del suo andamento e garantendo la propria assistenza alle parti private nell'ambito del contraddittorio giurisdizionale. La forte responsabilizzazione del soggetto giudicante determina in tal modo un sovvertimento dell'idea (da taluni definita come "liberale") di processo, che, anche alla luce del previgente regolamento di Giuseppe II del 1781²⁰, aveva condotto ad un inquadramento della figura del giudice quale "burattino" il cui filo era manipolato, orientato e gestito dalle parti processuali²¹. L'ideale processuale di Franz Klein, come tradotto nell'ordinanza di procedura civile asburgica del 1895, rifiuta l'idea di un giudice quale mero spettatore, per aprire verso una sua qualificazione in termini non soltanto di "direttore" forte dell'intero gioco processuale, ma anche di garante di un equilibrio tra interessi individuali e valori sociali²².

In tale ottica il rafforzamento della figura del giudice conduce, come già anticipato, alla configurazione di una sua speciale funzione da inquadrare tanto nell'ottica della gestione della dinamica processuale, quanto alla luce della capacità di tale soggetto di farsi consigliere ed assistente delle parti, soprattutto nei casi in cui vi sia un effettivo squilibrio (economico e sociale) tra di esse. Il dato è stato messo in particolare evidenza da quella dottrina che, richiamandosi al modello kleiniano, ha posto l'accento sulla funzione di assistenza prestata dal giudice alle parti affinché

nendo in dubbio una "falsa immagine del giudice "apolitico", armato soltanto della sua logica astratta, indifferente rispetto ai fini delle norme".

²⁰ Il modello precedente rispetto a quello elaborato Franz Klein (poi tradotto nell'ordinanza di procedura civile del 1895) era riconducibile ad un regolamento giudiziario di Giuseppe II del 1° maggio 1781, il quale – come sottolineato da A. PANZAROLA, *La Casazione civile giudice del merito*, cit., 214 ss. – di fatto "godette di un singolare destino". Rileva al proposito l'Autore come la forte critica al modello del 1781, fosse da ricondurre alla circostanza per cui il *dominium litis* era rimesso "in mano alle parti" e "l'attribuzione di poteri ai litiganti, coerente con i principi di una società liberale, non lo era punto con i postulati dell'assolutismo illuminato di tipo giuseppino". Tuttavia, per una diversa lettura del regolamento giuseppino cui si è fatto richiamo, si rinvia a V. DENTI, *La giustizia civile*, Bologna 1989, 14 ss., ove si fa leva sulla natura non liberale ed autoritaria del modello in questione.

²¹ Tale lettura si deve a R. SPRUNG, *Le basi*, cit., 31, cui si rinvia per un inquadramento del modello processuale antecedente alla riforma kleiniana del 1895 in termini di sistema giurisdizionale di natura "liberale".

²² Particolarmente critico al proposito è L.P. COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Scritti in onore di T. Liebman*, Milano 1979, tomo I, 478 ss., ove si delineano e sottopongono a forte critica le tre diverse qualificazioni del soggetto giudicante (in termini di "spettatore", tipico del sistema liberale, "direttore", in base all'idea kleiniana e "dittatore", nell'ambito dei processi inquisitori).

queste ultime non siano vittime delle formalità processuali, traducendosi così la forma non tanto in una barriera garantistica, quanto piuttosto in una vera e propria trappola a danno della parte socialmente più debole²³. Su tali basi viene a realizzarsi un temperamento tra due opposte visioni, quella che tende ad esaltare il ruolo delle parti come attori principali del gioco processuale e quella che, al contrario, si caratterizza per una valorizzazione estrema della discrezionalità del giudice quale vero ed unico “signore” del processo (relegando le parti a mèri terminali passivi di una vicenda governata da quest’ultimo). Il bilanciamento così realizzato vede al contempo una valorizzazione (anche se non estremizzata) della figura del giudice cui si accompagna una necessaria apertura verso le istanze delle parti che divengono soggetti in costante dialogo col giudice, *usque ab initio* e nel corso dell’intera dinamica processuale. La dimensione “sociale” del processo viene, in ragione di siffatta impostazione, a coincidere con l’accettazione di una particolare accezione di socialità, la quale è definita non soltanto facendo richiamo alla condizione del soggetto debole e svantaggiato nella vicenda processuale, ma anche alla luce di una funzione giurisdizionale al servizio del bene comune²⁴. La particolare attenzione riposta nei confronti del ruolo del giudice all’interno della dinamica processuale conduce, pertanto, ad osservare come, alla luce del modello kleiniano, il *dominium litis* non fosse più nelle mani dei litiganti, giacché veniva perfezionandosi il passaggio da un paradigma giurisdizionale individualista ad un diverso paradigma di carattere spiccatamente “pubblicistico”²⁵. La conduzione del processo passava così in capo al giudice, il quale veniva ad assolvere la funzione di un “rappresentante professionale dell’interesse comune”, sulla base dell’assunto per il quale la tutela dei diritti delle parti private “ha da coerenza con gli interessi sociali che il processo deve perseguire”²⁶.

²³ In questi termini M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*, Milano 1962, tomo II, spec. 500 ss., ove l’Autore riconduce il ragionamento in merito all’assistenza nell’ambito di una argomentazione più ampia circa il bilanciamento operato dal giudice tra apertura a favore delle parti (e spirito di servizio) ed potere inquisitorio in senso stretto.

²⁴ Come sottolinea N. PICARDI, *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 1067 ss.

²⁵ Così A. PANZAROLA, *La Cassazione*, cit., 224, il quale rileva la transizione “da un modello individualistico, che prendeva le mosse dal singolo *civis* (considerato in un rapporto di tensione, sia pure dialettica, con lo Stato), ad uno pubblicistico, che muove dalla generalità dei consociati, dalla comunità e dai suoi interessi”.

²⁶ A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, cit., 224

Se l'immagine di un soggetto giudicante, che si pone in equilibrio tra esigenze di speditezza ed efficienza del modello processuale ed adeguata assistenza delle parti processuali, rappresenta il punto nevralgico della riflessione kleiniana circa la rinnovata centralità del giudice, essa non può esaurire la portata innovatrice della riflessione condotta dal giurista austriaco. Uno sviluppo di siffatta riflessione consente, infatti, di osservare come il modello kleiniano – accedendo ad una logica processuale opposta a quella *adversarial* – se da un lato presuppone l'idea di un processo che deve “venire in soccorso” di colui che “si imbatta per sua disgrazia in un cattivo concittadino”, dall'altro sembra anche andare oltre una tale lettura²⁷. A tal proposito si può rilevare come all'immagine di un giudice assistente (e soccorritore) delle parti processuali si affianchi quella di un giudice mediatore tra istanze individuali e valori di rilevanza generale (tra i quali spicca la giustizia della decisione)²⁸. La particolare apertura in senso sociale del processo civile, unitamente alla speciale attenzione rivolta alla parte socialmente più debole, conduce a riconoscere come nella concezione kleiniana del processo la responsabilizzazione del giudice si accompagni ad una visione che sembra andare oltre la concezione del momento processuale in termini di semplice “male sociale”. Quest'ultima rappresenta soltanto una premessa rispetto all'impostazione seguita da Franz Klein, la quale consente *in primis* di porre l'attenzione sul processo come luogo di emersione di una conflittualità che si è manifestata a livello sociale e relazionale. La concezione negativa del momento processuale viene, tuttavia, a trovare una forma di temperamento ed attenuazione in forza dell'idea per la quale il processo rappresenti al contempo un luogo di deduzione del conflitto e di “composizione della lite, intesa come conflitto sociale”²⁹. Emerge in questo modo una dimensione processuale diversa connotata in senso più spiccatamente positivo, in cui ad assumere rilevanza è la funzione costruttiva e di mediazione rimessa al processo per mezzo del giudice quale suo attore centrale chiamato a dialogare con le parti.

In questa particolare prospettiva di evoluzione del modello kleiniano, si può rilevare come la stessa attenzione di Klein per l'ambito processuale

²⁷ In questi termini C. CONSOLO, *Il duplice volto*, cit., LI-LII, che si riferisce ad una idea di processo al servizio del cittadino “per tamponarne il giusto senso di delusione e dispersione di risorse e sentimenti”.

²⁸ Rileva tale aspetto in dottrina A. KÖNIG, *La ZPO austriaca dopo la novella del 1983*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 713 ss.

²⁹ Così, riflettendo sulla impostazione posta alla base del modello kleiniano, M. MARINELLI, *La concezione del diritto e del processo di Franz Klein nella Vienna fin de siècle*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 771 ss.

nasca da una contrapposizione che deriva dagli studi – condotti dal suo già richiamato maestro Anton Menger³⁰ – in merito alla contrapposizione tra sfera amministrativa e sfera giurisdizionale³¹: la prima caratterizzata (strutturalmente) per una dipendenza totale dal sovrano e (funzionalmente) per una procedura che si avvia d’ufficio, rapida, priva di formalità specifiche e particolarmente “energica”; la seconda contraddistinta in forza di una maggiore indipendenza sul piano organizzativo e funzionale cui però fa seguito una procedura “lunga, costosa, circondata da formalità complicate”³². Se quest’ultima constatazione rappresenta il punto logico di partenza e successivo sviluppo della riforma kleiniana, ciò non sembra escludere la possibilità di una lettura del modello proposto dal giurista austriaco con riguardo ad un ambito diverso da quello strettamente processuale (in cui la riflessione è stata ideata e attuata con l’ordinanza di procedura civile del 1895), che coincide con la sfera dell’azione amministrativa in forma procedimentale.

3. (segue) ... e la particolare “fortuna” dell’impostazione kleiniana nella successiva dialettica tra processo e procedimento

La dottrina³³, nell’interrogarsi in merito alla possibilità di un inquadramento del modello kleiniano anche in chiave procedimentale, ha rilevato la praticabilità di una tale opzione, accedendo all’idea in forza della quale il paradigma in questione evoca una “impronta vigorosa” che ben può trascendere il campo strettamente processuale. Siffatto modello può

³⁰ Sulla connessione del pensiero kleiniano con la precedente elaborazione di Anton Menger è stato osservato da una parte della dottrina (W.H. RECHBERGER, G.E. KODEK, *L’ordinanza della procedura civile austriaca del 1895*, in *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe 1895*, cit., XXXII ss.) come “il significato economico del processo civile non è stato individuato da Klein per primo, spettando il merito, almeno in Austria, certamente ad Anton Menger”. Una posizione più critica al proposito è stata espressa da F. CIPRIANI, *Nel centenario del regolamento di Klein. Il processo civile tra autorità e libertà*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 969 ss., il quale pone in dubbio la circostanza per la quale Klein possa essere annoverato tra i seguaci di Menger.

³¹ Il dato è particolarmente evidente ad esempio in A. MENGER, *Neue Staatslehre*, trad. it. (a cura di O. Lerda Olberg) *Lo Stato socialista*, Torino, 1905, spec. 219 ss.

³² Come rilevato da N. PICARDI, *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*, cit., 1067 ss., cui sono riconducibili le espressioni richiamate nel testo.

³³ In particolare C. CONSOLO, *Il duplice volto*, cit., XLI., che si riferisce al modello di Franz Klein in termini di “progetto” idoneo ad “incarnare in modo decisivo e irrefutabile lo spirito dei nuovi tempi”.

in tal modo ergersi a potenziale chiave di lettura generale per una ripermetrazione della peculiare funzione di istituti tradizionali, nell'ottica di quella che una riflessione condotta in sede di teoria generale ha definito, molti anni più tardi rispetto alla riflessione kleiniana, la "diffusione" del processo aldilà della stretta sfera giurisdizionale³⁴. Una tale lettura del modello di Franz Klein in un ambito diverso da quello per il quale era stato pensato nel contesto imperiale asburgico del 1895 – e che riconduce la sua applicabilità "a monte" del momento processuale – sembra porre le stesse linee guida del modello di cui si discute al riparo dalla critiche che nei suoi confronti sono state avanzate nel corso degli anni³⁵. Ed in ciò la riflessione del giurista austriaco sembra offrire un utile parametro di riferimento per meglio comprendere lo sviluppo del rapporto tra procedimento e processo, *in primis* alla luce della successiva stagione riformatrice che ha caratterizzato la stessa esperienza austriaca.

In questa prospettiva, gli anni Venti del secolo scorso hanno rappresentato il "primo motore" per la creazione di un nuovo modello procedimentale che – sulla base dell'insegnamento di Adolf Merkl – trova nello schema processuale le proprie coordinate ermeneutiche di fondo³⁶. La legge austriaca sul procedimento amministrativo del 21 luglio 1925 si era posta, all'interno di questo contesto, nell'ottica di una sostanziale continuità con la "dimensione" ottocentesca e, per quanto si intende evi-

³⁴ Così E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 861 ss.; l'idea sarà ripresa alcuni anni più tardi dallo stesso Autore in *Id.*, *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Roma 1970, 1068 ss.

³⁵ Per un quadro in merito alle perplessità manifestate in relazione alla riforma kleiniana si rinvia a F. CIPRIANI, *Nel centenario del regolamento di Klein. Il processo civile tra autorità e libertà*, cit., 969 ss., il quale criticamente osserva come "la concezione kleiniana del processo civile" appare "figlia del suo tempo", avendo avuto "almeno in Italia, più fortuna di quanto meritasse" sulla base dell'idea per la quale "nell'Italia di oggi, stante la Costituzione repubblicana del 1948", non sembra "possibile seguirla".

³⁶ Intendiamo riferirci a A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1927, spec. 213 ss., al quale si deve l'idea – portata avanti dalla Scuola di Vienna di cui è stato uno dei massimi esponenti – di una proiezione nell'ambito della funzione amministrativa del paradigma processuale, in ossequio ad un'idea generale per la quale l'essenza stessa del processo (e del modello ad esso sotteso) appare riferibile a tutte le funzioni dello Stato. Del resto la riflessione dell'Autore si riconduce ad un contesto (quello austriaco) che si presentava come più sensibile alle nuove prospettive di democratizzazione dell'amministrazione. Ciò anche alla luce della riforma costituzionale varata nel 1920 la quale aveva condotto ad affermare – sia pure all'interno di una costruzione gradualistica dell'ordinamento giuridico tipica della richiamata Scuola – che nell'autorità della legge democraticamente approvata risiede la premessa fondamentale per l'affermazione di un'amministrazione democratica.

denziare in tale sede, con l'approccio seguito da Franz Klein nel delineare i tratti fondanti dell'ordinanza di procedura civile di Francesco Giuseppe³⁷. L'elemento qualificante di questa impostazione è rappresentato dall'idea per cui se "l'essenza dell'esercizio della sovranità da parte del cittadino" si risolve nel contraddittorio, la processualizzazione dell'attività dell'amministrazione pubblica costituisce l'unica forma attraverso la quale poter realizzare la "partecipazione all'esercizio del potere esecutivo"³⁸. La particolare enfasi posta sulla garanzia del contraddittorio tra amministrazione e privati consentiva di qualificare il modello procedimentale austriaco attraverso il riferimento ad una funzione in senso lato giustiziale, assicurando il maggior rispetto possibile dei diritti dei cittadini³⁹. Veniva affermandosi in questo modo l'idea di una affinità tra processo e procedimento, la quale sarebbe stata successivamente ripresa nell'ambito di una teorizzazione della dottrina italiana volta a dimostrare che la funzione amministrativa può essere esercitata nelle forme del processo⁴⁰. In base a tale premessa, è stato osservato come non vi siano

³⁷ Sul punto L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari 2013, spec. 463 ss., ove si afferma che "il dibattito austriaco degli anni Venti poteva mettere a frutto un risultato tangibile e duraturo, dando una prima veste istituzionale e teorica" al procedimento amministrativo quale "istituto in gran parte nuovo".

³⁸ Così F. MERUSI, *La legalità amministrativa*, cit., 31-32, ove l'Autore si richiama alla riflessione condotta in dottrina più recentemente da H. SCHÄFFER, *80 Jahre Kodifikation des Verwaltungsverfahrens in Österreich*, in *Zeitschrift für Öffentliches recht*, 2004, 285 ss., sugli ottanta anni della legge austriaca quale "madre di tutte le leggi sul procedimento amministrativo".

³⁹ Più recentemente su tale modello L. TORCHIA, *I modelli di procedimento amministrativo*, in ID. (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova 1993, spec. 36 ss.; A. ALBANESE, *L'amministrazione giustiziale in Austria*, in *Dir. amm.*, 2010, 457 ss., la quale evidenzia il contributo della legge austriaca del 1925 alla creazione di una "mentalità sia nell'amministrazione pubblica, per quel che riguarda le modalità di esplicazione della sua attività, sia nei cittadini, in relazione alle aspettative nutrite nei confronti di quest'ultima ed alla prevedibilità dei modi di svolgimento della sua azione".

⁴⁰ E' la nota ricostruzione di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss., il quale riconosce (spec. 138) che "se procedimento e processo sono forme di esplicazione di una funzione (...) io non so vedere ragione per negare che la giurisdizione possa esercitarsi nelle forme del procedimento e l'amministrazione nelle forme del processo". In tale ottica, successivamente, si vedano G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova 1975, 779 ss.; nonché, per la teorizzazione di un "procedimento quasi-giurisdizione", M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 254 ss. Sui nessi tra procedimento e processo V. CAIANIELLO, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 241 ss.; R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995,

ragioni per negare la possibilità di un intervento nel procedimento di formazione di un atto anche per coloro che, pur non essendo titolari dell'interesse principale perseguito dall'amministrazione, risultino titolari "di un interesse su cui l'atto incide", intervenendo per la tutela di quest'ultimo⁴¹. Ed il "ricorso al codice di procedura civile" – operato per "trarre la disciplina di quei procedimenti amministrativi che sono in realtà processi" – trova la propria giustificazione in considerazione del fatto che tale operazione consente all'amministrazione di realizzare (quasi kleinianamente) la propria finalità di servizio nel rispetto dei diritti e degli interessi del cittadino⁴².

Appare chiaro come la ricordata idea potesse trovare una forma di concretizzazione per effetto della trasposizione, sia pure con gli opportuni adattamenti, di istituti, forme e garanzie tipiche del processo all'interno della dinamica propria dell'azione amministrativa⁴³. Quello che si produsse in forza della legislazione austriaca, come è stato evidenziato dalla dottrina⁴⁴, fu un percorso di vera e propria "giudizializzazione" del procedimento amministrativo. In tale ottica, il provvedimento amministrativo, al pari della sentenza del giudice, non solo veniva inquadrato quale forma di esecuzione della legge, ma costituiva al contempo, in analogia al modello giurisdizionale, il risultato di una attività istruttoria preliminare improntata al tipo processuale⁴⁵. Tale percorso trovò il proprio compimento attraverso un'applicazione analogica di alcuni principi distintivi, tra i quali quello della pubblicità del procedimento, dell'audizione della parte, della speditezza, economicità e semplicità della procedura,

195 ss., spec. 230-233 ove il tema del rapporto tra istruttoria processuale ed istruttoria procedimentale è approfondito unitamente a quello concernente la connessa problematica riguardante "l'accesso del giudice amministrativo al fatto", nonché da ultimo l'ampio lavoro di F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli 2017, *passim*.

⁴¹ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, cit., 139.

⁴² F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, cit., 143-144.

⁴³ F. MERUSI, *La legalità amministrativa*, cit., spec. 31, il quale rileva come sia "logico, in questa prospettiva, ricavare dal codice di procedura civile i principi generali che regolano il contraddittorio, nel processo come in qualunque procedimento nel quale si debba porre in essere un contraddittorio".

⁴⁴ G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Milano 1964, spec. 30 e 99.

⁴⁵ Sul punto A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2000, tomo II, spec. 940-941, ove si fa riferimento all'idea di fondo di un "modello procedimentale unitario, ispirato alla garanzia della legalità dell'azione amministrativa, i cui passaggi sono oggetto di regole dettagliate, mutate dalle sequenze caratterizzanti lo svolgimento del processo".

della necessaria motivazione della decisione sfavorevole e, da ultimo, in linea con il modello kleiniano⁴⁶, di oralità della trattazione⁴⁷. Si trattava, in quel particolare contesto storico, di un'idea nuova, la cui originalità era da rapportare alla diversa impostazione seguita in altri ordinamenti⁴⁸ e che aveva condotto alcuni critici a coniare, con riguardo alla Scuola di Vienna, l'espressione "giuristi della giurisdizione"⁴⁹. In tal modo si era cercato, infatti, di destituire di ogni fondamento l'idea per la quale anche la soluzione del problema amministrativo avrebbe potuto essere rimessa alle forme del processo, non sopravvalutando oltremodo l'esperienza austriaca.

Tuttavia, come già implicitamente emerso, così non è stato e la stessa dottrina, richiamandosi alla codificazione austriaca del 1925, alcuni anni più tardi ha avuto modo di osservare come essa abbia costituito un caposaldo della disciplina dell'azione amministrativa, rappresentando una delle più rilevanti "realizzazioni del diritto pubblico moderno"⁵⁰. Il modello che si è venuto delineando – in ossequio ad un'idea unitaria di

⁴⁶ Sulla speciale rilevanza del principio di oralità nel paradigma kleiniano A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, cit., 223 ss., il quale osserva come il passaggio dal regolamento giudiziario di Giuseppe II del 1781 alla "ZPO del 1895 è allora il passaggio da un procedimento scritto ad un processo caratterizzato dal principio di oralità". In tema si vedano anche le considerazioni di F. BAUR, *Potere giudiziale e formalismo del diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 1683 ss. Ma sul tema dell'oralità in chiave processuale, *ex multis*, P. CALAMANDREI, *Oralità del processo*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1940, 178 ss., ove si riconduce il riferimento all'oralità, intesa come vero e proprio motto, nell'ambito del processo riformatore che ha fatto capo ad una più risalente ricostruzione (in particolare G. CHIOVENDA, *L'oralità e la prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, I, 5 ss.); M. CAPPELLETTI, *Valore attuale del principio di oralità*, in *Giur. it.*, 1960, 89 ss.; C. VOCINO, *Oralità nel processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Milano 1980, tomo XXX, 592 ss.

⁴⁷ Per un inquadramento più specifico in merito a siffatti principi si rinvia a G. PASTORI, *op. cit.*, 100-101. Più recentemente, sempre sul modello austriaco, M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 569 ss., la quale si richiama all'impostazione di fondo della Scuola di Vienna ed alla ricordata trasposizione del modello processuale in ambito procedimentale.

⁴⁸ Su cui A. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 942-943.

⁴⁹ Per un inquadramento della vicenda L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., spec. 465, ove gli Autori richiamano l'espressione "giuristi della giurisdizione" riferendola alla forte critica condotta da C. SCHMITT (in *ID.*, *Il custode della costituzione*, 1931, trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano 1981, 13 ss.) nei confronti di coloro che avevano propugnato la rimessione della soluzione di ogni problema ad uno schema semplicemente processuale.

⁵⁰ Cfr. G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, cit., spec. 98, ove l'Autore nel momento in cui scriveva osservava come, a distanza di quasi quaranta anni dall'entrata in vigore della legislazione austriaca del 1925, "molte considerazioni consentono di esprimere

funzione⁵¹ – conduce a qualificare l'attività degli organi amministrativi, al pari di quella giurisdizionale, come di definizione di un assetto di interessi rispetto al quale l'amministrazione è parte del conflitto⁵², in quanto portatrice di un interesse pubblico specifico e qualificato⁵³. Tale impostazione rende testimonianza di una tendenza della successiva dottrina – anche se non vi è unanimità sul punto⁵⁴ – a ritenere “poco concludente” la ricerca di differenze sul piano qualitativo tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale, aprendo verso una prospettiva di consolidamento del parallelismo tra le due sfere in questione fondata sull'idea di una sostanziale unitarietà⁵⁵.

L'individuazione di una linea di continuità tra il modello processuale kleiniano ed il modello procedimentale di matrice processuale, per come sviluppato e ripreso dalla legge austriaca del 1925 e dalle successive teo-

un giudizio ampiamente positivo sulla buona prova che tali leggi hanno fatto, nonostante le variazioni che possono essere intervenute nella stessa concezione dello Stato”.

⁵¹ Su cui F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, cit., 124-125.

⁵² Più recentemente sul punto G. MORBIDELLI, *I cinquant'anni dell'Enciclopedia del diritto*, in *Dir. amm.*, 2011, 499 ss., ove l'Autore, richiamando la riflessione benvenutiana sul contraddittorio, rileva come “si dimostra come sia innata nel procedimento amministrativo l'idea di procedimento-processo, inteso come contrapposizione di parti mosse da interessi diversi”.

⁵³ In tal senso G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, cit. 99, fa riferimento all'atto autoritativo (*bescheid*) mediante il quale l'amministrazione “accerta” o “costituisce (...) per il caso singolo diritti e rapporti giuridici in modo formale ed idoneo a determinare la stabilità giuridica (...) dell'atto stesso”.

⁵⁴ Al proposito è da osservare come una parte della dottrina successiva alle teorizzazioni qui richiamate abbia assunto un atteggiamento particolarmente critico nei confronti della omologazione delle forme procedimentali agli istituti e principi proprio del modello processuale. Sul punto S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano 2000, 309 ss., rileva la criticità di un accostamento di procedimento e processo in quanto espressione di un *genus* comune, osservando, ad esempio, che “l'iniziativa non sta al procedimento come l'iniziativa processuale sta al processo”; analogamente A. SANDULLI, *Procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, 4510 ss.; per una giustificazione della necessità di tenere distinti i due ambiti fondata sul tipo di interesse oggetto di tutela M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano 2003, 368 ss.

⁵⁵ In tema si richiama M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1970, vol. II, 822 ss., il quale precisa che “star a cercare differenze tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale è oltretutto poco concludente” dal momento che “nella teoria generale del diritto pubblico si può affermare che il procedimento è la forma di tutte le funzioni pubbliche, per ciascuna di esse differenziandosi in modi propri”. Ma già prima si vedano le riflessioni di P. GASPARRI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1964, vol. II, 192 ss., per il quale il riferimento alla nozione di procedimento o di processo “dipende da fattori meramente linguistici che non incidono minimamente sulla sostanziale unità del fenomeno” (corsivi nostri).

rizzazioni della dottrina, ha finito per costituire un punto di riferimento ed una coordinata ermeneutica entro la quale operare una rilettura tanto del contraddittorio endoprocedimentale quanto della decisione finale⁵⁶. Ciò è stato possibile in forza di una speciale attenzione al profilo relazionale della dinamica propria del potere amministrativo, ponendo lo sguardo sui rapporti intercorrenti tra i diversi “agenti” del procedimento⁵⁷. In definitiva, tale assetto relazionale, inquadrato nella prospettiva della tensione reciproca e cooperativa tra i richiamati attori, realizza nel procedimento uno schema di derivazione tipicamente processuale, garantendo quella “giustizia” della decisione che rappresenta il “massimo bene” per l’amministrazione ed i cittadini⁵⁸.

4. *Una rilettura del modello kleiniano in chiave procedimentale: valorizzazione del ruolo del responsabile del procedimento nel contesto della l. n. 241/1990*

La richiamata possibilità di estensione del modello processuale alla sede di esercizio e manifestazione concreta dell’azione amministrativa, non solo è stata più recentemente prospettata da una parte della dottrina rivalutando il lascito di Franz Klein⁵⁹, ma consente a questo punto di sviluppare una riflessione articolata su due livelli. Il primo attinente alla possibilità di superare, oltre alle menzionate critiche di matrice processualistica, un’idea negativa del conflitto inteso in termini di “male sociale”. Il secondo finalizzato ad evidenziare una possibile analogia sul piano funzionale tra la figura del giudice, così come delineata dalla

⁵⁶ La quale (secondo A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano 2004, 52 ss.), nella dialettica tra processo e procedimento costituisce l’espressione di un “giudizio di sintesi, commisurato e verificabile, secondo criteri di proporzionalità e di logicità, rispetto alla tesi e all’antitesi rappresentate nel contraddittorio dalle parti, soggetti pubblici e privati”.

⁵⁷ Come li ha definiti F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, cit., 127.

⁵⁸ Infatti, “questa collaborazione è processo; e processo è garanzia di giustizia della decisione; e garanzia di giustizia è il massimo bene di ogni pubblica Amministrazione e insieme di ogni cittadino”, dal momento che “la collaborazione del cittadino alla funzione amministrativa non può non essere riconoscimento della sua individuale responsabilità e perciò, nella Società, della sua dignità” (F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, cit., 145).

⁵⁹ In particolare da R. SPRUNG, *Le basi*, cit., 36 ss., il quale osserva come il processo, inquadrato in base alla logica kleiniana, finisce per essere una sorta di procedimento amministrativo preordinato alla tutela contestuale dell’interesse sociale e dei beni individuali.

riforma kleiniana, e la nuova dimensione cooperativa entro la quale è possibile ricondurre il responsabile del procedimento amministrativo⁶⁰. L'evoluzione che ha caratterizzato quest'ultima figura (a metà strada tra organizzazione e dinamica della funzione)⁶¹ può essere delineata assumendo la chiave di lettura rappresentata dal conflitto, non più inteso in termini negativi, bensì quale momento di emersione delle istanze sociali nell'ambito della sequenza procedimentale. In altri termini la fecondità del modello kleiniano anche in ambito procedimentale sembra potersi ricondurre alla possibilità di valorizzare la funzione di mediazione del responsabile del procedimento, quale soggetto chiamato a dirigere l'*iter* di svolgimento della funzione nel contraddittorio con l'istante e con i terzi⁶². Ciò conduce non soltanto ad una rilettura di alcune indicazioni rimaste in ombra nel testo della l. n. 241/1990, ma anche – come già anticipato in premessa – alla luce della legislazione speciale che ha contribuito ad articolare maggiormente e (in certa misura) confermare siffatta tipologia di funzione.

Il conflitto rappresenta, come già emerso, il dato contestuale di questa riflessione, dal momento che le disposizioni che saranno successivamente richiamate costituiscono il punto di partenza per individuare nel responsabile del procedimento quel soggetto capace di governare la conflittualità endoprocedimentale orientando il relativo contraddittorio verso soluzioni di ragionevole “contemperamento fra interessi pubblici e privati”⁶³. Da questo punto di vista, riprendendo l'immagine mengeriana della maggiore flessibilità dell'azione condotta dagli organi amministrativi⁶⁴, l'attenzione si concentrerà *in primis* sul modello desumibile da alcuni riferimenti contenuti nella l. n. 241/1990, la cui lettura offre un più chiaro fondamento all'idea di un contraddittorio informale tra sfera pubblica e soggetto privato nel governo del conflitto endoprocedimentale.

⁶⁰ Su cui si rinvia a S. TARULLO, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, cit., 299 ss.

⁶¹ Da ultimo sul punto M. DUGATO, *Pubblica amministrazione cittadini*, relazione al Convegno “*Legge, azione amministrativa, interesse pubblico*”, svoltosi a Bologna in data 26 giugno 2017, ove si evidenzia la sempre maggiore interazione tra profili organizzativi e funzionali richiamandosi al responsabile del procedimento quale figura ritenuta idonea ad intercettare entrambe le dimensioni.

⁶² Sulla peculiare posizione del terzo nell'ambito della dinamica procedimentale si rinvia in dottrina a R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal “terzo”*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1024 ss.; nonché da ultimo sul tema il lavoro monografico di G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Rimini, 2016.

⁶³ Cfr. R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, cit., 232.

⁶⁴ Al proposito A. MENGER, *Neue Staatslehre*, cit., 219 ss.

Successivamente, muovendo da siffatta coordinata di carattere generale, si tratterà di valutare come la funzione di mediazione del responsabile possa essere sviluppata con riguardo ad una vera e propria *leadership* facilitativa di tale figura nell'ambito di speciali procedimenti in cui l'informalità del contraddittorio ed il confronto, che sarà definito "creativo", possono rappresentare un efficace strumento di armonizzazione tra le diverse posizioni in gioco.

Il passaggio da una funzione di assistenza in chiave cooperativa delle parti processuali ad una diversa e maggiormente articolata funzione di composizione e mediazione sottesa al modello processuale delineato da Franz Klein sembra potersi ritrovare anche con riguardo alla definizione e articolazione delle funzioni rimesse *ex lege* al responsabile del procedimento amministrativo. L'idea in forza della quale l'assistenza nei confronti delle parti del procedimento rappresenta l'espressione di una funzione desumibile dal complesso dei compiti ricondotti in capo al responsabile dall'art. 6 della l. n. 241/1990 conduce a sviluppare un ragionamento speculare a quello elaborato in relazione al modello kleiniano⁶⁵.

Assumendo la richiamata prospettiva di indagine è possibile osservare come, in base alla disciplina recata dalla legge n. 241 del 1990, la figura del responsabile del procedimento sia stata inquadrata ricorrendo all'immagine del soggetto "conduttore" e "propulsore" dell'*iter* procedurale⁶⁶. In tale contesto, in forza del già ricordato art. 6, al soggetto *de quo* è stata attribuita, in generale, la cura dello svolgimento dell'istruttoria (*sub specie* di adozione di ogni misura per il suo sollecito ed adeguato svolgimento) e, nello specifico, la possibilità di instaurare un contraddittorio col privato istante al fine di richiedere rettifiche e chiarimenti di dichiara-

⁶⁵ Su tale funzione D.U. GALETTA, *Il procedimento amministrativo: le fasi*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Milano 2012, 240 ss., ove il dovere di assistenza è qualificato in termini di specificazione dei doveri di imparzialità e buon andamento amministrativo.

⁶⁶ Indicazioni in tal senso sono rinvenibili fin dai primi contributi di commento in merito alle disposizioni della l. n. 241/1990 sul responsabile del procedimento, tra cui si possono ricordare G. CANAVESIO, *Il responsabile del procedimento*, in ALBERTI P., AZZARITI G., CANAVESIO G., GALLO C.E., QUAGLIA M.A., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992, 31 ss.; M. RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, cit., 13 ss.; C. MIGNONE, *Note sul responsabile del procedimento amministrativo*, cit., 39 ss.; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 531 ss.; in proposito anche D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna 2014, spec. 180-181, ove il responsabile del procedimento viene inquadrato quale soggetto che svolge un'attività di sollecitazione rispetto all'intero *iter* che caratterizza l'esercizio dell'azione amministrativa.

zioni o istanze erronee o incomplete⁶⁷. Se, accedendo ad una tale chiave di lettura, il responsabile viene rappresentato quale soggetto interposto tra amministrazione e amministrati attraverso il quale coinvolgere il cittadino nell'esercizio dell'attività amministrativa⁶⁸, con le riforme che si sono succedute a partire dal 2005 il suo ruolo ha subito un cambiamento sostanziale⁶⁹. Il passaggio da garante della partecipazione (secondo una chiave di lettura tendente a prediligere una qualificazione del ruolo del responsabile in termini di staticità) a "collaboratore" nei confronti della sfera privata, promosso da siffatte riforme, ha collocato il responsabile in una nuova posizione di "ascolto", "dialogo" effettivo e recepimento, nell'ambito del procedimento, di "istanze" provenienti "dal basso"⁷⁰ (emergendo così una diversa dimensione dinamica entro cui collocare la figura in questione). Divenuto l'estensore del progetto del provvedimento finale (mediante formulazione di una "proposta" in tal senso)⁷¹ egli è stato al tempo stesso considerato quale "collettore" di interessi, venendo investito del compito di imprimere un primo indirizzo specifico al bilanciamento tra questi ultimi nell'ottica di un condizionamento sostanziale

⁶⁷ Provvedendo contestualmente alle comunicazioni ed alle pubblicazioni necessarie. Un quadro delle funzioni istruttorie del responsabile è rinvenibile nelle ricostruzioni di G. CORSO, *Il responsabile del procedimento*, in TRIMARCHI F. (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra riforme legislative e trasformazione dell'amministrazione*, Milano 1990, spec. 67 ss.; M.A. SANDULLI, *Art. 6. Responsabile del procedimento*, in ITALIA V., BASSANI M., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Milano 1991, 74 ss., ove ci si sofferma altresì sui profili di responsabilità del responsabile in caso di omissione di atti d'ufficio.

⁶⁸ Secondo la nota immagine del responsabile come "interfaccia" dell'amministrazione nei confronti del cittadino (da ultimo richiamata in E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2011, 426-427).

⁶⁹ In tale ottica, ad esempio, la modifica della l. n. 241/1990 (per effetto *in primis* della l. n. 15/2005) ha condotto ad una riscrittura dell'art. 6, comma 1, *lett. e*) della L. 241/1990 elevando il responsabile a "codecisore" ed investendo automaticamente tale figura di un'ulteriore funzione di bilanciamento degli interessi primari e secondari che emergono nel corso del procedimento. Sulla rilevanza di una siffatta modifica si rinvia alla riflessione di A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, cit., 219, 220, ove l'Autore si riferisce alla centralità della figura di cui si discute non soltanto in un'ottica istruttorie, ma ancor di più in relazione al momento decisivo in senso stretto. Da ultimo, per un approfondimento relativo all'impatto delle nuove riforme amministrative sulla dinamica dell'azione si vedano i contributi raccolti all'interno del Volume di F. MERUSI, V. GIOMI (a cura di), *Nuove modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, Pisa, 2016.

⁷⁰ In tema, per uno studio tendente ad evidenziare il rovesciamento di impostazione cui si fa riferimento nel testo, si possono vedere le riflessioni di L. TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio: o della legittimazione inversa*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano 2008, 49 e ss.

⁷¹ Così A. ZITO, *Il procedimento*, cit., 220.

nei confronti dell'organo competente per l'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento⁷².

Un tale mutamento di ruolo del responsabile del procedimento deve essere inquadrato, assumendo una chiave di lettura più ampia, nell'ambito del processo di trasformazione delle modalità di svolgimento dell'azione amministrativa, al fine di meglio comprendere quelle che potrebbero definirsi in termini di nuove "mete"⁷³ del farsi della funzione pubblica⁷⁴. L'amministrazione, ormai personificata dalla figura del responsabile, non appare più idonea ad entrare in contatto con la società civile quale mera struttura burocratica, ma risulta essere chiamata ad una nuova funzione che la contraddistingue quale attore procedimentale che riveste – come evidenziato da una parte della dottrina – una peculiare funzione di mediazione sociale⁷⁵. Garantendo una maggiore effettività alla comunicazione tra i due poli della relazione sussistente tra "autorità" e "libertà"⁷⁶, la valorizzazione della figura del responsabile del procedimento appare strumentale alla democratizzazione dell'azione amministrativa⁷⁷. Ciò appare possibile *in primis* facendo riferimento alla centralità di tale figura nella prospettiva di un'amministrazione aperta alle istanze della società e sempre più partecipata nell'ottica del superamento di due fattori di debolezza: da un lato quella del decisore pubblico⁷⁸ derivante da un'asimmetria informativa nei confronti della realtà economico-sociale⁷⁹; e

⁷² In tal senso, da ultimo, S. TARULLO, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, cit., 299 ss.

⁷³ Richiamando, pur traendola da un più ampio contesto di riflessione, un'espressione di M. D'ALBERTI (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna 2010.

⁷⁴ Sul punto F. TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, Milano 2002, spec. 1584 ss., per una lettura della figura del responsabile in termini di soggetto idoneo ad esprimere una duplice garanzia interna (per l'amministrazione) ed esterna (per il cittadino), dal momento che diviene il soggetto che "guida" il "processo di confezionamento o di determinazione del potere" sia pure sempre "entro i suoi limiti istituzionali".

⁷⁵ Cfr. S. TARULLO, *Il responsabile*, cit., 299 ss.

⁷⁶ Secondo due categorie concettuali riconducibili alla riflessione di M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1967, 97 ss.

⁷⁷ Sul punto F. MERUSI, *La legalità amministrativa*, cit., 34 ss., ove – richiamando le più risalenti riflessioni di Feliciano Benvenuti e Giorgio Berti (nonché quelle più recenti di Umberto Allegretti e Lucio Franzese) – si ricostruiscono i riferimenti essenziali di quella interpretazione per la quale la partecipazione del cittadino si traduce "in uno strumento di democrazia diretta, in cui il potere viene sottratto agli apparati organizzativi del potere esecutivo per essere esercitato direttamente dal cittadino partecipante".

⁷⁸ Per questa lettura S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, in *Dir. e soc.*, 1992, 231 ss.

⁷⁹ Come rileva, ad esempio, R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit.,

dall'altro quella del cittadino legata ad una diversa asimmetria attinente al tipo di rapporto tra sfera pubblica e sfera privata.

In tale contesto l'affermazione di un principio di collaborazione procedimentale⁸⁰, la cui compiuta attuazione è rimessa al responsabile del procedimento, consente di rafforzare ed estendere il rapporto dialogico tra le due richiamate sfere anche aldilà della fase istruttoria. Tale circostanza conduce ad osservare come siffatto principio risulti essere compatibile tanto con un modello partecipativo di tipo *bottom-up*, quanto con un approccio che muove ancora da una ricostruzione in senso "verticale" del rapporto tra amministrazione ed amministrato. L'affermazione di un dovere cd. di soccorso⁸¹ nei confronti del soggetto privato, oltre a rappresentare l'espressione di un potenziamento della ricordata funzione di assistenza del responsabile del procedimento, si inquadra, a ben vedere, nella logica di un dialogo tra sfera pubblica e sfera privata la cui realizzazione presuppone un comportamento attivo (*top-down*) dell'amministrazione procedente in un momento preliminare a quello istruttorio in senso stretto. Il responsabile del procedimento assume, pertanto, la funzione di garante di tale assetto cooperativo del rapporto amministrativo nelle due diverse dimensioni (anche temporali) rispetto alle quali il dialogo può essere realizzato. Ed una tale lettura appare confermata dalla stessa giurisprudenza, nel momento in cui ha riconosciuto che "la prospettiva di collaborazione procedimentale cui sono tenute entrambe le parti" di fatto "implica il superamento dell'esigenza del mero rispetto delle prescrizioni formali imposte dalla legge 241/1990, ed in un'ottica di legalità sostanziale, richiede, in una visione unitaria del rapporto amministrativo, che tutti i soggetti che in esso partecipano abbiano la possibilità di evidenziare circostanze, fatti e rappresentare interessi coinvolti, in modo tale che lo scambio sia effettivamente utile per entrambi"⁸². Ne deriva l'immagine di

spec. 132 ss. per una riflessione in merito alla partecipazione come strumento volto ad operare un ripianamento della asimmetria informativa che si interpone tra privato e pubblica amministrazione.

⁸⁰ I cui caratteri sono stati ricostruiti in S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008; nonché in G. TACCOGNA, *Il principio di leale collaborazione nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm. (Cds)*, 2008, 1313 ss. ed ivi ampi riferimenti alla giurisprudenza sviluppatasi sul tema in questione.

⁸¹ Tema sul quale si rinvia, per quanto concerne la dimensione procedimentale, da ultimo a P. LAZZARA, *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, cit., 262, ss.; N. SAITTA, *Sul cd. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli 2015, 391 ss.

⁸² Cfr. in tal senso Tar Lazio, Sez. II, sentenza 30 luglio 2008, n. 7757, in *Giustizia-am-*

“un’amministrazione che dialoga sin dall’inizio del rapporto, presentandosi alla controparte privata come «mediatrice istituzionale» tra istanze ed interessi articolati, che solo al termine di un approfondito, completo ed effettivo mutuo interscambio, saranno sintetizzati nel provvedimento conclusivo del procedimento”⁸³.

Quanto detto induce a ritenere che il principio della collaborazione procedimentale, nel determinare un miglioramento qualitativo dell’attività amministrativa, sul piano soggettivo conduce all’attribuzione al responsabile della qualità di “interlocutore” e “mediatore” tra sfera pubblica e sfera privata⁸⁴. Da siffatto punto di vista, quella del responsabile è divenuta una figura non soltanto orientata a favorire la partecipazione procedimentale, ma anche – in una dimensione ancora “preliminare” del procedimento amministrativo – idonea a prestare un concreto “ausilio” a favore del privato nel momento in cui quest’ultimo è chiamato a predisporre i propri atti di iniziativa con cui attivare lo stesso procedimento decisionale⁸⁵. Una figura che, dunque, si è andata colorando di “tinte” nuove, assumendo la veste di soggetto “promotore” dell’acquisizione di informazioni di fonte privata per la completezza dell’istruttoria e di “sollecitatore” dell’amministrato affinché questi provveda a colmare le lacune delle proprie domande⁸⁶. E nel riconoscere una tale evoluzione si è di fatto abbandonata una concezione del procedimento quale semplice concatenazione di adempimenti cartolari e formali, guardando al responsabile come ad un punto di riferimento procedimentale soggettivo la cui attività è inevitabilmente contraddistinta in forza di una condotta colloquiale, assimilabile a quella tipica delle trattative private⁸⁷.

ministrativa.it; nonché più recentemente, per l’affermazione di un principio di “leale e reciproca collaborazione procedimentale”, Cons. Stato, sez. IV, 16 aprile 2014, n. 1875; Tar Sicilia, sez. II, 5 dicembre 2016, n. 2813. Sul tema dell’amministrazione “dialogica” si può vedere anche la risalente (ma fondamentale) pronuncia del Tar Sicilia, Catania, 31 gennaio 1994, n. 67, in *Foro it.*, 1994, 444 e ss., richiamata ed analizzata approfonditamente in R. CARRANTA, *Dall’amministrazione autoritaria e unilaterale all’amministrazione partecipata e paritaria*, in ID. (a cura di), *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano 2000, 1 ss.

⁸³ Così ancora Tar Lazio, Sez. II, sentenza 30 luglio 2008, n. 7757, cit., enfasi nostra.

⁸⁴ In tema M. RENNA, *Il responsabile*, cit., 508, 509, il quale parla della figura in questione come “essenziale punto di snodo” nella ricostruzione del rapporto tra sfera pubblica e sfera privata.

⁸⁵ Percorrono tale traiettoria ricostruttiva anche G. BANTERLE, A. TRAVI, *Commento all’art. 6 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, cit., 34 ss., ove il profilo è affrontato nel quadro delle funzioni assegnate dal legislatore al responsabile.

⁸⁶ Indicazioni in tal senso in S. TARULLO, *Il responsabile*, cit., 299 ss.

⁸⁷ Sul punto, in ottica più ampia, si vedano le “pionieristiche” considerazioni di F.

Tornando al modello kleiniano da cui ha preso le mosse questa riflessione, la dicotomia tra funzione di assistenza (e soccorso) e funzione di mediazione riconducibile in capo al giudice sembra, a questo punto, offrire un'utile chiave di lettura per un inquadramento della figura del responsabile del procedimento che sia idonea a rivelare potenzialità apparentemente non esplicitate dalla l. n. 241/1990. Ciò è possibile nel momento in cui all'indagine relativa ai compiti del responsabile del procedimento in chiave di garanzia ed assistenza (art. 6) viene fatta seguire una riflessione avente ad oggetto un'ulteriore disposizione che consente di valorizzare il ruolo del soggetto *de quo* rispetto al momento della preferenza per un'opzione decisionale, così entrando nel vivo del bilanciamento tra interessi contrapposti⁸⁸.

5. *Il contraddittorio «triangolare» nell'art. 11, comma 1-bis, della l. n. 241/1990*

Il riferimento da ultimo operato consente di porre attenzione ad una disposizione desumibile dal modello generale di azione amministrativa, la quale riconduce la funzione del responsabile nel momento centrale del procedimento, rivestendo il soggetto *de quo* di un compito particolarmente rilevante in vista del *quomodo* della conclusione della sequenza procedimentale⁸⁹. Da questo punto di vista la speciale formulazione dell'art. 11, comma 1-bis, della l. n. 241/1990 contiene implicitamente il riferimento ad una opzione metodologica la cui rilevanza è apprezzabile in termini di ricerca da parte del responsabile del procedimento di una

MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 21 ss., il quale all'indomani del varo della l. 241/1990 osservava come "la *reductio ad unitatem* della Pubblica Amministrazione pluralistica si realizza (...) o attraverso il coordinamento procedimentale oppure la collaborazione contrattuale amministrativa" (spec. 32-33).

⁸⁸ A tal proposito M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, N. GULLO, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2012, spec. 452-453 riconoscono come l'art. 6 della l. n. 241/1990 non costituisca una disposizione idonea ad individuare in forma tassativa le competenze del responsabile, dal momento che essa non esaurisce "il coacervo dei compiti" che tale soggetto è chiamato ad esercitare.

⁸⁹ Sulla rilevanza di tale disposizione M.A. SANDULLI, L. MUSSELLI, *Art. 6. Compiti del responsabile del procedimento*, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, Milano 2005, spec. 223-224 per il riconoscimento di una particolarmente rilevante "funzione di impulso" in capo al responsabile del procedimento.

soluzione – qualificata in termini di alternatività rispetto a quella provvedimentoale – sulla base di un percorso improntato al modello di azione bilaterale e dialogica. In tale ottica la disposizione *de qua* contiene una premessa per un possibile successivo sviluppo la cui rilevanza è apprezzabile nella duplice dimensione soggettiva ed oggettiva.

Da un punto di vista soggettivo – avendo riguardo alla figura del responsabile del procedimento – essa contribuisce a rafforzare i tratti di un istituto caratterizzato, come si è anticipato, per una spiccata attitudine collaborativa nei confronti dei privati interessati da una determinata vicenda procedimentale. Tale lettura, in una prospettiva di ragionamento più generale, conduce ad avvalorare l'idea di una necessaria responsabilizzazione della figura del responsabile del procedimento nell'ambito della dinamica tipica dell'azione amministrativa, la quale è ricondotta al particolare modello sotteso all'art. 11, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990⁹⁰. In tale ottica è stato osservato come la disposizione *de qua* possa rappresentare un utile punto di riferimento al fine di conferire un fondamento più solido alla tesi che riconosce una legittimazione, anche in capo al responsabile del procedimento, in ordine alla iniziativa per la stipula degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo⁹¹. Per tale motivo è stato rilevato che il riferimento testuale alla possibilità di predisporre un “calendario di incontri” rappresenti, in un contesto pubblicistico di svolgimento della negoziazione⁹², un “segno evidente di *favor* del legislatore” verso la stipula degli accordi in questione, dovendosi ricondurre l'iniziativa in ordine a tale soluzione non soltanto in capo

⁹⁰ Per una lettura di questo tipo si richiamano le riflessioni di G. GRECO, *Gli accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, spec. sul punto 198 ss.; nonché D. PONTE, *Art. 11*, in A. BOTTIGLIERI, S. COGLIANI, D. PONTE, R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, Padova 2004, 374 ss.

⁹¹ In proposito M.C. ROMANO, *Articolo 11. Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in ALB. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 398 ss., spec. sul punto, 410-411, la quale osserva – richiamandosi alla già ricordata riflessione di G. GRECO, *Gli accordi amministrativi*, cit., 198 – come il contenuto dell'art. 11, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990 “sembra destituire di fondamento la tesi restrittiva ammettendo espressamente che *l'iniziativa per la stipula degli accordi* possa esser presa direttamente dalla Pubblica Amministrazione nella persona del responsabile del procedimento” (corsivi nostri).

⁹² Come rileva G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna 2005, tomo II, spec. 322-323, il quale precisa come la modifica additiva operata nel 1995 mediante l'inserimento del comma 1-*bis* nel corpus dell'art. 11, sia da leggere nell'ottica della accentuazione della funzione di iniziativa rimessa in capo al responsabile nel ricordato “contesto pubblicistico in cui la negoziazione si svolge”.

ai privati interessati, ma anche alla stessa amministrazione procedente (nella persona del responsabile)⁹³.

Nello specifico, la menzionata previsione in forza della quale il soggetto in questione è abilitato alla predisposizione di un “calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati”, contribuisce ad avvalorare – nella prospettiva già delineata – la sua funzione di assistenza e supporto metodologico a favore dei privati ai fini di una graduazione delle possibili opzioni rilevanti in vista della conclusione della serie procedimentale. Il dato in questione appare rilevante ove si consideri la circostanza per cui la disposizione in oggetto è stata inquadrata nell’ambito di una nuova e diversa configurazione dell’azione amministrativa, non più esclusivamente rivolta “in vista di interessi pubblici”, ma anche “obbligata ad operare mediazioni” tra diversi interessi⁹⁴. In tale prospettiva – in cui ad assumere rilevanza è la funzione di mediazione del responsabile del procedimento – è stato altresì rilevato che il richiamo ad un momento dialettico nell’ambito di una disposizione in materia di accordi⁹⁵ di fatto rappresenti il precipitato concreto della necessità di un’adeguata armonizzazione tra “interesse pubblico e interessi ad esso contrapposti”, la quale opera in chiave più ampia trascendendo il rapporto esclusivamente bilaterale tra amministrazione procedente e destinatario del provvedimento⁹⁶. Da questo punto di vista le perplessità avanzate da una parte della dottrina in merito all’effettiva utilità della disposizione di cui si discute possono essere superate nella misura in cui essa venga inquadrata in un contesto più ampio di sviluppo e valorizzazione della figura del

⁹³ Cfr. M.C. ROMANO, *op. cit.*, 410-411, ed ivi richiami ad una giurisprudenza che sembra aver consolidato un siffatto tipo di lettura di carattere ampliativo sul piano della legittimazione alla stipula degli accordi.

⁹⁴ In questo senso F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 11 ss., il quale si riferisce ad una contestuale valorizzazione della posizione del privato che si accompagna ad una disciplina dell’azione amministrativa la quale “viene perdendo i tradizionali caratteri di regolamentazione posta esclusivamente in vista di interessi pubblici”.

⁹⁵ Al proposito si osserva (M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall’accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 270 ss.), come in tale contesto assuma pur sempre una funzione non trascurabile la posizione delle parti private quali promotrici dell’iter formativo dell’accordo, il quale ultimo dovrebbe successivamente “proseguire con la conduzione di una *negoziazione* fra l’amministrazione procedente e i privati” (corsivo nostro).

⁹⁶ Così ancora F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse*, cit., 49.

responsabile del procedimento⁹⁷. Il richiamo ad una funzione di sollecitazione di quest'ultimo nei confronti del privato – sulla base dello schema delineato in via generale dall'art. 6, comma 1, *lett. b)* della l. n. 241/1990 – rappresenta il punto di partenza per un successivo sviluppo dei compiti del responsabile da valutare nella prospettiva della mediazione procedimentale ed alla luce del comma 1-*bis* dell'art. 11. Il superamento di una lettura “riduttiva e tradizionalista” di tale ultima disposizione⁹⁸ (nel più ampio contesto della disciplina dell'amministrazione consensuale) permette di ricondurre il riferimento alla possibilità per il responsabile del procedimento di predisporre il già ricordato “calendario di incontri” entro la più ampia cornice della conciliazione endoprocedimentale.

Ciò appare possibile – passando alla già ricordata dimensione oggettiva – in virtù della circostanza per la quale la disposizione in oggetto costituisce il punto di partenza per l'introduzione nell'ambito del procedimento amministrativo di una nuova e più evoluta forma di contraddittorio tra sfera pubblica e sfera privata, la cui rilevanza è apprezzabile in relazione al modello individuato dall'art. 10, comma 1, *lett. b)*, della l. n. 241/1990. Il riferimento è, nello specifico, ad un modello di contraddittorio non più di carattere esclusivamente scritto e documentale, ma anche inquadrabile entro la categoria dell'oralità, potendosi configurare, alla luce dell'art. 11, comma 1-*bis*, un assetto relazionale definibile attraverso il ricorso all'immagine di un dialogo di tipo “triangolare”, i cui vertici sono rappresentati dal responsabile del procedimento, dal destinatario del provvedimento e dai controinteressati sostanziali. La valorizzazione del contenuto della disposizione di cui si discute nell'ottica delineata consente, al contempo, di offrire una possibile apertura rispetto allo scetticismo manifestato da una parte della giurisprudenza amministrativa con riguardo all'introduzione del contraddittorio orale nell'ambito della l. n. 241/1990⁹⁹. In questa prospettiva di indagine, gli incontri – potenzial-

⁹⁷ Il riferimento è alla posizione critica di P.L. PORTALURI, *Sugli accordi di diritto amministrativo*, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, 147 ss., il quale si riferisce all'art. 11, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990 qualificandone la natura di disposizione “irrilevante” espressione di una modifica abbastanza marginale rispetto al modello originariamente delineato dal legislatore nel 1990.

⁹⁸ Secondo la lettura di N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 1 ss., spec. 19 ove si afferma che “una lettura riduttiva e tradizionalista dell'art. 11 non potrebbe essere giudicata pienamente conforme alle esigenze di ammodernamento e trasparenza dell'azione dei pubblici poteri e di adeguatezza delle decisioni amministrative”.

⁹⁹ Si veda, ad esempio, in questa direzione Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2014, n.

mente caratterizzati da informalità¹⁰⁰ – cui fa riferimento l'art. 11, comma 1-*bis*, sembrano assumere la connotazione di momenti finalizzati a portare ad evidenza pubblica il conflitto endoprocedimentale, riconducendo in capo al responsabile del procedimento una fondamentale funzione di graduale armonizzazione di tale conflitto e bilanciamento in vista della definizione concordata di un determinato problema amministrativo¹⁰¹.

Una tale impostazione può essere meglio compresa ove si faccia riferimento alla possibilità di una lettura del ruolo del responsabile non più soltanto in una dimensione cooperativa¹⁰², ma anche in base ad un ulteriore approccio che (accedendo ad una chiave di lettura di stampo

2752, per il quale un obbligo di instaurare il contraddittorio orale, ai fini della legittimità di un provvedimento amministrativo, non si riscontra né nell'art. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241 né alla luce della disposizione di cui all'art. 27, del previgente codice dei contratti pubblici, trattandosi di disposizioni finalizzate a garantire il rispetto dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, oltre che di economicità ed efficienza. Analogamente Tar Lazio, sez. III, 7 febbraio 2014, n. 1538. In dottrina, per una posizione critica rispetto a tale scelta del legislatore nazionale, soprattutto in rapporto alle previsioni di derivazione europea in materia di partecipazione procedimentale, L. R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 789 ss.; A. ZITO, *Il «diritto a una buona amministrazione» nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 425 ss.

¹⁰⁰ Su tale profilo in chiave più ampia G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 3 ss., che si riferisce ad una sempre maggiore tendenza verso il contrattualismo in luogo del modello unilaterale di azione amministrativa, auspicando un adeguato sviluppo in chiave consensuale delle indicazioni contenute nella legge italiana sul procedimento amministrativo. Sulla rilevanza del principio di informalità, in una prospettiva di riflessione più ampia concernente la questione dei rimedi alternativi nelle controversie che coinvolgono l'amministrazione pubblica, si rinvia da ultimo a M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 1 ss., la quale rileva come il principio in questione racchiuda in sé "un'importanza che travalica i confini del procedimento amministrativo", in quanto esso "è nevralgico proprio laddove vengano in rilievo strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, intrinsecamente connotati dall'informalità", i quali "risultano attrattivi, tra l'altro, per la semplicità e per l'elasticità della relativa procedura, che porta con sé, come ulteriore beneficio, una certa qual celerità nel decidere".

¹⁰¹ Un profilo di criticità è stato evidenziato sul punto da F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 1296 ss., il quale, riferendosi al "calendario" previsto dall'art. 11, comma 1-*bis* della l. n. 241/1990 afferma che tale disposizione "sembra attribuire al responsabile del procedimento la veste non consueta del persuasore o imbonitore".

¹⁰² Rispetto alla quale S. TARULLO, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, cit., 7, osserva che il responsabile del procedimento sia diventato "qualcosa di più di un semplice burocrate dell'istruttoria" svolgendo di fatto un'opera di "negoiazione" che non può di fatto "ridursi ad una mera attività di acquisizione di fatti". Siffatta considerazione viene sviluppata dall'Autore nell'ambito di una indagine finalizzata ad evidenziare

sociologico) consenta di configurare tale soggetto in termini di garante procedimentale del “confronto creativo” tra i diversi interessi rilevanti in una determinata vicenda decisionale¹⁰³.

6. *Oltre Franz Klein: valore positivo del conflitto e tecnica del “confronto creativo”*

Il riferimento da ultimo operato alla categoria concettuale del “confronto creativo” consente di apprezzare – anche in chiave metodologica¹⁰⁴ – uno strumento alternativo idoneo ad ampliare e diversificare i mezzi a disposizione dell’amministrazione pubblica per superare il conflitto endoprocedimentale, sulla base di un modello di carattere non più esclusivamente dicotomico, ma inquadrato entro una “logica coesistenziale” nell’ambito della quale viene garantita una definizione del conflitto che sia idonea a soddisfare tutte le parti “in gioco”¹⁰⁵.

Appare chiaro come una lettura di questo tipo imponga all’interprete un mutamento di approccio per quel che concerne l’inquadramento del conflitto ove ricondotto alla dimensione endoprocedimentale. L’idea di una valenza positiva connaturata al conflitto è stata messa in evidenza da una parte della dottrina, la quale ha rilevato la dinamicità sottesa al

lo speciale significato dell’art. 11, comma 1-*bis*, in tale prospettiva di evoluzione della figura del responsabile.

¹⁰³ La tecnica del cd. confronto creativo è stata oggetto di specifica indagine nell’ambito del lavoro di M. SCLAVI, L.E. SUSSKIND, *Confronto creativo. Dal diritto di parola al diritto di essere ascoltati*, Milano 2011, *passim*. In chiave giuridica, per uno specifico riferimento ad un modello di azione fondato sul “dialogo creativo”, si rinvia alla riflessione condotta con riguardo alla regolazione dei servizi di pubblica utilità da M. DELSIGNORE, *Autorità di regolazione e mercato liberalizzato: osservazioni in merito alla tutela dell’utente*, in *Concorrenza e mercato*, 2002, 343 ss., ove si riconosce, sia pure in chiave critica, come le audizioni che si svolgono dinanzi agli organi delle autorità in questione non sempre sono idonee ad assumere le sembianze di un “dialogo creativo e influente sullo svolgersi dell’attività” dei regolatori.

¹⁰⁴ In tema ancora S. TARULLO, *op. cit.*, 7-8.

¹⁰⁵ Così A. PETTA, *La mediazione obbligatoria nel giudizio oggettivamente complesso*, in *Giur. merito*, 2012, 343 ss., ove si contrappone il modello avversariale (fondato su una logica di tipo *win-lose*) ad un diverso modello che trova la propria giustificazione in una logica non solo cooperativa, ma anche qualificabile nella prospettiva di una soddisfazione contestuale delle diverse pretese individuali (modello *win-win*). Un riferimento a tale nuovo modello è altresì rinvenibile da ultimo – sia pure nel diverso contesto delle regole che caratterizzano lo svolgimento della conferenza di servizi – in G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 107 ss.

fenomeno *de quo* in contrapposizione a quella tipica del “dissidio” insanabile¹⁰⁶. Il conflitto, in base a tale coordinata ermeneutica, lungi dall’assumere i caratteri di un elemento idoneo a determinare una divisione insanabile tra le diverse posizioni in gioco, è stato inquadrato in termini di pre-condizione strutturale della vita sociale¹⁰⁷, la cui emersione non deve essere semplicisticamente ricondotta entro una dimensione di tipo patologico. Al contrario, la sua manifestazione è stata qualificata attraverso il ricorso all’immagine di un vero e proprio “pilastro” la cui riconduzione alla logica di sistema consente di superare una dimensione circoscritta alle mere posizioni antitetiche per aprire ad una logica diversa fondata sugli interessi e sul loro possibile dialogo in chiave costruttiva¹⁰⁸.

Tale approccio trova il proprio fondamento nell’idea di una possibile divisibilità dei fenomeni conflittuali: condizione, quest’ultima, che consente di trasformare un momento potenzialmente patologico in una occasione di crescita potenziale¹⁰⁹. Il conflitto diviene, pertanto, un punto logico di partenza, connaturato alla complessità sociale ed imprescindibile in vista del raggiungimento di un possibile compromesso tra i diversi interessi in gioco. Quest’ultimo deve rappresentare soltanto una soluzione di ordine temporaneo che non rescinde autoritativamente ed una volta per tutte la dinamica conflittuale, ma ne opera una mediazione riferita al caso concreto¹¹⁰.

Nel momento in cui tale diversa chiave di lettura viene ricondotta en-

¹⁰⁶ Così, ad esempio, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Constructing the complexity of the law, towards a dialectic theory*, consultabile alla pagina web “*Droit de l’homme e dialogue interculturelle*”, spec. 13, 14 per una lettura che tende ad evidenziare l’importanza del conflitto come punto di partenza per governare la complessità in forma non gerarchica; analogamente E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari 2002, 74 ss., per un inquadramento della richiamata distinzione tra conflitto e “dissidio” (inteso, quest’ultimo, in termini di elemento idoneo soltanto a dividere in cui è assente un potenziale terreno comune da sviluppare in chiave comunicativa).

¹⁰⁷ Il profilo è stato evidenziato da E. SCIACCA, *La politica come conflitto*, in M. BASCIU (a cura di), *Il conflitto. Profili giuridici e politici*, Milano 1995, 95 ss., cui si rinvia per la riconduzione del fenomeno conflittuale entro la chiave di lettura che tende a coniugare il conflitto con l’idea della cooperazione.

¹⁰⁸ Il riferimento è a A. HIRSCHMANN, *I conflitti come pilastri della società democratica ed economia di mercato*, in *Stato e mercato*, 1994, 133 ss., il quale parla di valenza benefica del conflitto inteso quale fattore di sviluppo e crescita da valutare sul piano culturale.

¹⁰⁹ A. HIRSCHMANN, *op. cit.*, 146.

¹¹⁰ L’espressione utilizzata a tal proposito è quella di *muddling through* (arrangiamento temporaneo) che inquadra la decisione in una diversa prospettiva nella quale non viene annullata la carica positiva sottesa al fenomeno conflittuale, ma quest’ultimo appare destinato a chiudersi e riaprirsi continuamente (così A. HIRSCHMANN, *op. cit.*, 146).

tro la dinamica procedimentale essa non soltanto sembra rappresentare uno sviluppo del modello cooperativo di matrice kleiniana, ma va oltre quest'ultimo in una direzione tendente ad evidenziare il profilo conciliativo sotteso al già menzionato nuovo inquadramento della figura del responsabile del procedimento. Se uno dei presupposti da cui aveva tratto origine l'ordinanza di procedura civile del 1895 di cui fu padre Franz Klein era rappresentato dalla considerazione del processo – e dunque dello stesso conflitto che entro tale struttura giuridica veniva ricondotto – come un “male sociale”¹¹¹, la rilettura del modello kleiniano entro lo schema dell'azione amministrativa consente un diverso inquadramento. Tale inquadramento conduce, in chiave oggettiva, verso il superamento di una visione pessimistica del conflitto legata ad una lettura in chiave negativa del contesto entro cui quest'ultimo viene ricondotto¹¹². Nel contesto procedimentale il superamento di tale dimensione meramente patologica del conflitto sembra assumere una più significativa consistenza richiamando l'attenzione sulla già ricordata tecnica del “confronto creativo”, utilizzata da una parte della dottrina per affrontare e reinquadrare l'intero fenomeno conflittuale quale parte integrante di una teoria di composizione del conflitto fondata sulla cd. soluzione procedurale¹¹³.

L'opera di rilettura del conflitto cui si fa riferimento presuppone l'accettazione di una nozione di “confronto creativo” quale metodo per affrontare la complessità decisionale fondato sullo sviluppo di un particolare rapporto comunicativo tra soggetti portatori di interessi diversi e confliggenti. Il riferimento concettuale alla tecnica relazionale di cui si discute consente di rafforzare, in via generale, l'idea per cui esiste uno speciale valore connesso alla dinamica tipica del modello procedimentale. Quest'ultimo – in base ad un approccio sostanzialista – non è concepibile soltanto come complessa e fitta trama di atti consequenziali orientati verso la produzione di una decisione unilaterale ed imperativa, ma anche quale “luogo” in cui è possibile sviluppare un dialogo ed un “confron-

¹¹¹ Come ricorda F. CIPRIANI, *Nel centenario del regolamento di Klein*, cit., 977.

¹¹² In proposito M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 596 ss., il quale, ricostruendo il quadro delle diverse posizioni in merito alla questione metodologica si riferisce ad un “conflitto epidemico di interessi che è oggi elemento della giuridicità dell'agire pubblico”.

¹¹³ Per una tale lettura G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Bari 2010, spec. 121 ss. per l'individuazione delle tre diverse forme attraverso le quali è possibile realizzare la composizione dei conflitti (ossia la soluzione autoritaria, quella procedurale ed infine quella fondata sulla legittimazione e costituzionalizzazione dei conflitti).

to” aperto, trasparente e costruttivo tra interessi antagonisti¹¹⁴. Da questo punto vista due modelli di riferimento apparentemente contrapposti (uno tipicamente giuridico, l’altro di matrice extra-giuridica), rappresentati rispettivamente dal procedimento amministrativo e dal “confronto creativo”, non sembrano porsi in una prospettiva radicalmente antitetica, ma possono leggersi in chiave di reciproca integrazione¹¹⁵. L’idea di una complementarità del secondo rispetto al primo – che rappresenta il *quomodo* della richiamata integrazione – può infatti essere meglio compresa ove si ponga mente alla lettura che tende a valorizzare la dimensione sostanziale della dinamica procedimentale unitamente alla configurazione del contraddittorio in senso collaborativo¹¹⁶.

Lo sviluppo di un dialogo nell’ottica della formazione dei contenuti della decisione finale – o della determinazione dell’accordo integrativo o

¹¹⁴ Tale assunto sembra potersi ricondurre a quanto osservato in chiave più ampia da M. SCLAVI, L.E. SUSSKIND, *Confronto creativo*, cit. spec. 10 ss., ove si evidenzia come spesso le persone “nel dover prendere decisioni collettive, rimangono intrappolate in una logica di confronto e in un reticolo di procedure che i problemi li moltiplicano, invece di risolverli”. Tutto ciò conduce ad osservare che l’errore in cui spesso si cade, quando ci si sofferma ad analizzare il modello giuridico del procedimento ed il meccanismo che lo caratterizza, è quello che porta a considerare quest’ultimo come una “trappola” per il cittadino; una vera e propria “rete” burocratica in cui il soggetto privato resta “impigliato” senza potersi agevolmente districare. In tale prospettiva il procedimento diviene inevitabilmente un “luogo” in cui i problemi, lungi dall’essere risolti, di fatto si moltiplicano.

¹¹⁵ Sul piano metodologico, ciò significa che, una volta abbandonata la logica antagonista che tende a porre i due concetti entro sfere tra loro difficilmente conciliabili, sembra possibile addivenire all’affermazione di una vera e propria *complementarietà* tra i due richiamati modelli: per cui il procedimento amministrativo diviene uno “spazio” giuridico entro il quale è possibile osservare e dare concretamente “corpo” alle istanze che caratterizzano il confronto creativo.

¹¹⁶ Il tema è stato ampiamente affrontato dalla dottrina. In questa sede si possono richiamare a titolo esemplificativo e per un inquadramento di carattere generale che metta in evidenza il significato della trasformazione cui si fa rinvio nel testo a F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., 118 e ss.; G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, cit., *passim*; M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, 225 e ss.; F. TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., 1573 e ss.; G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, pp. 323 e ss.; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss.; M. OCCHIENA, *Partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, 4128 ss.; U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un’ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, 779 e ss. Per uno studio dell’evoluzione delle funzioni della partecipazione (da difensiva ed informativa a collaborativa) nel contesto giuridico globale si rinvia a S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 e ss.; G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna 2009, 67 e ss.

sostitutivo del provvedimento – sulla base di un assetto anche triangolare del rapporto tra i diversi interessi coinvolti dalla vicenda procedimentale (come visto in relazione all’art. 11, comma 1-*bis*), consente di ricondurre entro tale evoluzione i due elementi costitutivi del concetto di confronto creativo: da un lato l’ascolto cd. proattivo e dall’altro la co-progettazione creativa.

7. (segue) ... *responsabile del procedimento, ascolto cd. proattivo e co-progettazione creativa*

Nella prospettiva da ultimo richiamata, il rafforzamento delle garanzie procedurali, che passa dal riconoscimento del diritto “di parola” all’affermazione – per ricordare il sottotitolo del già ricordato lavoro di M. Sclavi e L. Susskind – del diritto di “di essere ascoltati” e la configurazione del percorso decisionale pubblico in termini di spazio di esercizio della funzione amministrativa in forma dialogica, pongono all’interprete un interrogativo. In altri termini, ci si chiede in quale circostanza il “dialogo” procedimentale possa realmente ritenersi utile ed effettivo in quanto determinante ai fini della formazione dei contenuti delle decisioni pubbliche. La risposta a questa domanda può essere rinvenuta, ad avviso di chi scrive, nei due già indicati elementi costitutivi del confronto creativo, ossia l’ascolto proattivo e la tecnica della co-progettazione creativa¹¹⁷.

Il primo rappresenta una forma di ascolto non più passivo, quanto piuttosto “interessato” ed attento alle altrui posizioni, per svolgere, a partire da queste ultime, un’operazione ben precisa da ricondurre entro lo schema della disponibilità nei confronti del proprio interlocutore¹¹⁸. Infatti, ciò che in quest’ottica assume valore (e consente di comprendere anche il *quid pluris* che caratterizza questo tipo di ascolto) è la circostanza per cui colui che è chiamato ad ascoltare non può limitarsi ad una presa di coscienza delle diverse posizioni “sul tappeto” tra loro configgenti. L’operazione che è chiamato a svolgere è più complessa¹¹⁹, in quanto pre-

¹¹⁷ Su cui si vedano M. SCLAVI, L. SUSSKIND, *Confronto creativo*, cit., 11 ss.

¹¹⁸ Al proposito A. LAMEES, *The power of listening*, e-book, 2015, 27 ss., fa riferimento ad un’idea di ascolto proattivo (che chiama *proactive listening*) come vera e propria abilità che si manifesta nella propensione nei confronti dell’interlocutore finalizzata a cogliere anche espressioni non verbali, quali “*body and facial expressions*”.

¹¹⁹ Gli studi di matrice aziendalistica in materia di comunicazione hanno ben messo

suppone un passaggio dalle posizioni antitetiche agli interessi sottesi alle posizioni medesime. E, nel passaggio da un livello di ascolto epidermico ad un livello più profondo ed “empatico”¹²⁰, si giunge non tanto ad eliminare il conflitto, quanto piuttosto a “trasformarlo” in un’occasione di confronto da cui far scaturire una soluzione che non sacrifichi irrimediabilmente un interesse rispetto ad un altro (secondo il modello di impronta schmittiana della rescissione autoritativa del conflitto)¹²¹. In questo senso trasformare il conflitto significa essenzialmente individuare una strategia costruttiva per la gestione dello stesso, la quale si fonda su una attitudine alla ricerca di soluzioni comunicative che portino ad evidenza i problemi (e gli interessi a cui questi si connettono) sottostanti all’emersione del fenomeno conflittuale. Questa opzione strategica muove dalla considerazione per la quale la soluzione di un conflitto passa non tanto dalla distruzione dell’avversario, quanto piuttosto dalla individuazione di un esito del processo conflittuale che sia “in grado di soddisfare i bisogni fondamentali di tutte le parti coinvolte”¹²².

Il metodo dell’ascolto proattivo si completa mediante il ricorso alla seconda tecnica rappresentata dalla co-progettazione creativa. Quest’ultima presuppone la capacità del soggetto decidente di mettersi sullo stesso piano decisionale degli interessati da una determinata decisione, ponendosi nell’ottica della individuazione di una soluzione non di compromesso (giacché essa importerebbe comunque un sacrificio di taluni interessi), ma “di reciproco vantaggio”, idonea, al contrario della prima, a determinare una “vittoria comune” (magari sacrificando una posizione,

in luce questo profilo, delineando i caratteri di un ascolto “proattivo e interattivo” (come lo definisce A. RAPAGGI, *Lo psicodramma anche in azienda*, Milano 2001, spec. 209 ss.) che rappresenta l’espressione di una comunicazione efficiente, in quanto fondata su un approccio di tipo “creativo”; tale è quello che appare “rivolto ad intuire, anticipandole, le percezioni e le eventuali richieste degli altri, che dagli stessi non sono ancora state percepite”.

¹²⁰ Così ancora A. RAPAGGI, *Lo psicodramma*, cit. 209, il quale si riferisce ad una funzione empatica dell’ascolto, in cui l’ascoltatore “tenta, mettendosi nei panni dell’interlocutore, di capire genuinamente il suo punto di vista, condividendone sentimenti, stati d’animo ed emozioni”.

¹²¹ M. SCLAVI, L. SUSSKIND, *op. cit.*, 17, ove si afferma che “è il passaggio dalle posizioni agli interessi la mossa cruciale, caratteristica dell’ascolto pro-attivo, che apre la porta alla ricerca di altre opzioni e alla individuazione di soluzioni alternative inedite”.

¹²² In questi termini E. ARIELLI, G. SCOTTO, *I conflitti. Introduzione a una teoria generale*, Milano 1998, spec. 181 ss., che contrappongono la scomparsa del conflitto alla “sua trasformazione in un sistema di interazioni in cui una gestione costruttiva diventa più probabile”.

ma non l'interesse realmente sotteso ad essa)¹²³. Nell'idea di una co-progettazione creativa, non solo si riconosce la necessaria continuità rispetto all'ascolto empatico, ma ad assumere un ruolo centrale è la ricerca in via cooperativa di nuove "opzioni" sul piano decisionale¹²⁴, le quali costituiscono delle possibili ed alternative scelte rispetto ad un assetto statico in cui la negoziazione dialogica conduce ad un gioco "a somma zero"¹²⁵. La moltiplicazione delle opzioni praticabili da parte del decisore non soltanto consente di affrontare il conflitto in forma diversa, ma conduce ad un diverso gioco – questa volta "a somma positiva" – in cui l'idea di fondo è quella dell'abbandono di una *utilitas* immediatamente connessa alla posizione soggettiva di uno degli agenti a favore della "pura cooperazione"¹²⁶.

In questa cornice di riferimento sembra potersi fare richiamo alla già asserita attualizzazione del modello kleiniano cui si affianca l'inquadramento del modello procedimentale in termini di *sedes* adeguata per una composizione del conflitto ispirata alle due tecniche dell'ascolto proattivo e della co-progettazione creativa. Il passaggio ulteriore, che consente di dar corpo a questa idea, è quello che conduce a valutare l'allargamento delle opzioni disponibili, nella ricordata logica del gioco decisionale a somma positiva, valorizzando il ruolo del responsabile del procedimento in tale ottica¹²⁷. Secondo questa particolare chiave di lettura l'attenzione posta nei confronti dell'art. 11, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990 consente di individuare una possibile trasformazione del ruolo del responsabile,

¹²³ Sul punto ancora M. SCLAVI, L. SUSSKIND, *op. cit.*, 18-19.

¹²⁴ In tema R. FERRARA, *Introduzione*, cit., spec. 248 ss., per un richiamo in merito alla valutazione e misurazione delle alternative decisionali praticabili muovendo dalla necessaria considerazione della cd. opzione zero.

¹²⁵ In quest'ottica R. FISHER, W. URY, B. PATTON, *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*, New York 1981, trad. it., *L'arte del negoziato*, Milano 2007, ai quali si deve l'idea in forza della quale per giungere alla formulazione di nuove opzioni nel corso del procedimento decisionale è necessario superare alcuni ostacoli preliminari. Questi ultimi sono rappresentati anche dall'assunzione per cui "la torta è data" e non si può espandere (o costruire gradualmente), sulla base di un gioco decisionale non a somma positiva, quanto piuttosto "a somma zero".

¹²⁶ Così R. BOUDON, F. BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de le sociologie*, Paris, 1982, trad. it. a cura di L. Infantino, Roma 1991, spec. 92-93 per un'applicazione della teoria dei giochi nella lettura dei conflitti sociali, distinguendo l'idea di un gioco a somma zero (in cui le perdite di un attore sono esattamente uguali ai guadagni del suo avversario) da quella di un gioco a somma positiva "in cui i giocatori sono tutti vincenti" e rispetto al quale la dimensione conflittuale si lega inestricabilmente a quella cooperativa.

¹²⁷ Al proposito G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna 2014, spec. 141 ss., per uno studio delle opzioni strategiche sottese ad ogni possibile scelta dell'amministrazione nell'ambito di un contesto conflittuale.

facendo riferimento ad una modificazione che l'approccio del "confronto creativo" determina rispetto alla sua posizione nella dinamica decisionale. La riflessione è stata condotta facendo riferimento alla questione della *leadership* nell'ambito del processo decisionale, evidenziando come quest'ultima, ove ricondotta al modello del "confronto creativo", si caratterizzi per una spiccata attitudine in senso facilitativo¹²⁸. L'idea di fondo sottesa a tale impostazione è quella per la quale i due momenti costitutivi del "confronto creativo" richiedono il passaggio da una *leadership* fondata su un approccio *top-down*, ad una nuova e diversa "*leadership* facilitativa". Questa si caratterizza in forza dell'abilità del soggetto che conduce il processo decisionale nel "mettere le persone nella condizione di esplorare a fondo le scelte a loro disposizione, di valutare i meriti di ogni singola opzione, di incoraggiarle nella invenzione di soluzioni reciprocamente vantaggiose e di mutuo gradimento"¹²⁹.

Una lettura entro questo quadro ermeneutico dell'art. 11, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990 consente di sviluppare la prospettiva delineata in questo contributo che vede il responsabile del procedimento assumere su di sé non soltanto una funzione di assistenza, ma anche un ruolo di mediazione intraprendente, finalizzata alla ricerca di una soluzione procedimentale che sia tale da conseguire l'interesse pubblico primario mediante un razionale ed adeguato governo del conflitto endoprocedimentale¹³⁰. Il responsabile del procedimento, ricondotto allo schema della *leadership* facilitativa, si pone come parte esterna rispetto ad un conflitto tra interessi secondari che viene dedotto all'interno della serie procedimentale. Per questo motivo tale soggetto è chiamato ad una mediazione che, in accordo con l'interesse pubblico primario, incide sull'assetto degli interessi secondari seguendo la ricordata idea di una strategia costruttiva e comunicativa per la trasformazione del conflitto¹³¹.

Resta, a questo punto, da chiedersi se una tale indicazione rimasta piuttosto isolata all'interno della l. n. 241/1990 abbia trovato un seguito, consentendo di avvalorare la richiamata idea di un ruolo di facilitazione conciliativa in capo al responsabile del procedimento.

¹²⁸ Al riguardo E. ARIELLI, G. SCOTTO, *I conflitti. Introduzione a una teoria generale*, cit., spec. 131 ss., per una indagine avente ad oggetto le dinamiche della leadership, con particolare riguardo ad un "ruolo di frontiera" la cui rilevanza si apprezza nella gestione della comunicazione nell'ambito di un rapporto multipolare di natura conflittuale.

¹²⁹ M. SCLAVI, L. SUSSKIND, *op. cit.*, 165.

¹³⁰ Sul punto ancora G. NAPOLITANO, *La logica*, cit., 142-143.

¹³¹ E. ARIELLI, G. SCOTTO, *I conflitti*, cit., 181-182.

8. *Ripresa e sviluppo di un modello: il caso della regulation partecipata delle amministrazioni indipendenti e la mediazione costruttiva del responsabile del procedimento*

La risposta alla domanda da ultimo formulata sembra potersi rinvenire nel momento in cui l'art. 11, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990 sia inquadrato quale disposizione idonea a delineare un modello che si pone in una posizione mediana tra la definizione generale dei compiti del responsabile del procedimento (operata dall'art. 6 della stessa legge)¹³² e la conformazione funzionale del soggetto *de quo* nello specifico ambito dell'attività di regolazione demandata alle autorità amministrative indipendenti. In tale ottica, la possibilità di qualificare il dialogo procedimentale sulla base del riferimento al modello generale di stampo sociologico del confronto creativo richiede di ricorrere ad una esemplificazione che consenta di rendere il significato di tale evoluzione del ruolo del responsabile nell'ottica di una mediazione costruttiva endoprocedimentale.

Le argomentazioni sviluppate fino a questo punto, anche attraverso il riferimento alle coordinate ermeneutiche di derivazione sociologica, consentono di conferire ulteriore rilevanza al dato per il quale la legge n. 241/1990 abbia di fatto configurato un rinnovato rapporto tra amministrazione ed amministrati, finalizzato a valorizzare da un lato una più incisiva ed influente partecipazione di questi ultimi all'attività decisionale (grazie ad un insieme di garanzie procedurali fissate dalla legge medesima)¹³³ e dall'altro un "dialogo" che si realizza per effetto di una lettura in chiave evolutiva del ruolo del responsabile del procedimento¹³⁴. Tale evoluzione, che consente di inquadrare il più volte ricordato

¹³² Per un inquadramento della previsione di cui all'art. 11, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990 in termini di evoluzione rispetto al modello funzionale generale di cui all'art. 6 in tema di compiti del responsabile del procedimento si rinvia ad A. ZITO, *Il procedimento*, cit., 220 ss.

¹³³ Sul tema la bibliografia è molto ampia. Senza alcuna pretesa di completezza si possono richiamare in questa sede i contributi di R. FERRARA, *Procedimento amministrativo e partecipazione: appunti preliminari*, in *Foro it.*, 2000, 27 ss., il quale, guardando alle disposizioni della l. 241/1990 in tema di partecipazione, parla di "zoccolo duro di principi, non derogabili al ribasso, ma semmai al rialzo"; A. CROSETTI, F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano 2002, *passim*.

¹³⁴ Ed in tal senso è stato osservato da G.P. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2015, spec. 305 ss., come la funzione di interlocuzione del responsabile di fatto vada a saldarsi con l'esigenza di curare ogni adempimento istruttorio affinché il procedimento possa avviarsi alla conclusione (garantendo pertanto una completezza in sede istruttoria che è preconditione per l'esito del percorso procedimentale).

art. 11, comma 1-*bis*, quale disposizione idonea ad offrire un modello generale di “dialogo” (e confronto) da sviluppare in chiave applicativa, non ha subito una battuta d’arresto per effetto della disposizione di chiusura che esclude l’applicazione delle garanzie partecipative con riguardo ad alcune tipologie procedurali espressamente indicate dal legislatore¹³⁵. Ove si rivolga lo sguardo ad alcune delle richiamate tipologie procedurali, sembra potersi affermare che il riferimento legislativo contenuto nell’art. 13 della l. n. 241/1990 alle “particolari norme” che regolano la formazione di determinati atti, rappresenti un utile campo di osservazione al fine di tratteggiare l’evoluzione del ruolo del responsabile del procedimento nella prospettiva dialogica e di mediazione tra gli interessi in conflitto.

In questa prospettiva un ambito rispetto al quale la ricordata tendenza sembra potersi delineare più chiaramente è quello che coincide con la categoria dei procedimenti amministrativi (cd. di *rulemaking*), che hanno carattere generale¹³⁶ e si traducono in misure di regolazione adottate dalle autorità amministrative indipendenti con riguardo ai settori *sensibles* nei quali queste sono chiamate ad operare¹³⁷. È noto come in tali ipotesi l’apertura verso forme partecipative più evolute rispetto al modello ge-

¹³⁵ Il riferimento è, in particolare, all’art. 13 della l. n. 241/1990 nella parte in cui prevede che l’applicazione delle disposizioni in tema di partecipazione è esclusa qualora l’attività amministrativa sia “diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione”. Tale disposizione, riferita in generale alle previsioni contenute nel capo III della legge, è da ritenersi riferita anche a quanto oggetto di previsione *ex art.* 11 e, nello specifico, con riguardo al dialogo endoprocedimentale previsto dal comma 1-*bis* (in dottrina, per un inquadramento in merito all’ambito di applicazione della l. 241/1990, L. FERRARIS, *L’ambito di applicazione della disciplina sulla partecipazione*, in CARANTA R. FERRARIS L., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano 2000, 27 e ss.).

¹³⁶ Al proposito M. D’ALBERTI, *Procedimenti ‘generali’ e ‘singolari’: problemi attuali e miglioramenti possibili*, in *Quaderni del Consiglio di Stato. Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, 91 ss.

¹³⁷ Sul tema si vedano, per tutti, F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna 2000, spec. 24 ss. per una definizione del contraddittorio come prima condizione della “democrazia in economia”; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1995, spec. 245 ss. per una lettura del procedimento come luogo di legittimazione delle amministrazioni indipendenti; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano 2006, spec. 80 ss. sul modello di democrazia procedurale attuato con riguardo ai procedimenti delle autorità. Per un’indagine che tenga conto del problema della regolazione affidata alle autorità indipendenti si rinvia a S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002, spec. 81 ss., sulle tipologie regolamentari e sulla loro collocazione nel sistema delle fonti del diritto.

nerale¹³⁸ e l'instaurazione di un dialogo tra regolatore e regolati debba essere bilanciata con la necessità di evitare il fenomeno della "cattura" dello stesso regolatore ad opera di operatori economici particolarmente forti nell'ambito del mercato¹³⁹. A ciò si aggiunge la considerazione per cui il contraddittorio, nei procedimenti di regolazione di tali organismi, assume la funzione di colmare un'asimmetria informativa che si viene a determinare tra regolatore e ambito di regolazione e che si traduce in una vera e propria incapacità per il primo di "dominare" la "realtà" da regolare, determinandosi una "posizione di inferiorità di fatto" del decisore pubblico rispetto ai soggetti che operano in un determinato settore¹⁴⁰. In siffatto contesto il contemperamento tra le diverse esigenze di apertura dei procedimenti e di ripianamento delle asimmetrie informative nella definizione dei contenuti delle misure regolative (evitando il fenomeno della "cattura") viene ricondotto a modelli procedurali potenzialmente idonei ad operare una mediazione tra gli interessi in conflitto.

L'esperienza statunitense in materia di partecipazione ai procedimenti di regolazione delle *Independent Regulatory Agencies* rende chiara testimonianza in merito al *quomodo* di tale mediazione procedimentale, ponendo in particolare risalto il ruolo del responsabile del procedimento¹⁴¹. Il riferimento è, nello specifico, al modello della cd. regolazione negoziata

¹³⁸ Per una trattazione in materia M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit., 9 ss.

¹³⁹ Per una ricostruzione in merito a siffatto profilo, da ultimo G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., spec. 43 ss., ove il fenomeno della "cattura" è inquadrato in termini di "patologia del comportamento burocratico" che si traduce in concreto nella "capacità di influenza da parte degli interessi privati".

¹⁴⁰ Per tale motivo si è reso necessario un bilanciamento tra la necessità di evitare la "cattura" del regolatore (con contestuale eterodeterminazione della funzione pubblica) e l'esigenza di un "contraddittorio adeguato" per promuovere la conoscenza e l'emersione di tutte le posizioni in gioco (con valorizzazione della cd. autoreponsabilità privata). Su tali aspetti M. CLARICH, *I procedimenti*, cit., spec. 12-13; G. NAPOLITANO, *La logica*, cit., 44.

¹⁴¹ Più in generale, per un inquadramento generale del fenomeno partecipativo nel contesto statunitense, si rinvia al risalente contributo di R. BETTINI, *Aspetti della partecipazione amministrativa negli U.S.A.*, in *Studi parl. e di pol. cost.*, 1975, 117 ss., ove si evidenzia il riferimento alle diverse modalità partecipative qualificate come "meno intense" o "più intense" e raggruppate in base alle diverse *species* di tipo consultivo, cogestionale (modello della cd. *coalition*) ed infine di controllo (*policy control*). Più recentemente sul tema M. COMBA, *Riflessioni sul diritto al giusto procedimento negli Stati Uniti d'America*, in *Dir. e soc.*, 1992, 269 ss.; G.F. FERRARI, *Il procedimento amministrativo nell'esperienza anglo-americana*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 421 ss.; M. D'ALBERTI, *La «visione» e la «voce»: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 9 ss.; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, cit. 13 ss.

(cd. *regulatory negotiation*), la quale si caratterizza per la individuazione di un comitato di regolazione negoziale (a composizione mista pubblico/privata) includente tutti i soggetti portatori di interessi rilevanti, nell'ambito del quale un responsabile-facilitatore svolge un ruolo di "guida" e di "collettore" degli interessi coinvolti¹⁴². Il riferimento a tale modello, che nel 1990 è venuto ad articolare ulteriormente lo schema tradizionale di regolazione precedentemente individuato dall'*Administrative Procedure Act* del 1946¹⁴³, conferisce maggiore rilevanza all'idea di un superamento del paradigma unilaterale e autoritario (cd. di *command and control*) di esercizio della funzione di regolazione, aprendo verso un approccio cooperativo, di negoziazione¹⁴⁴ e mediazione tra i diversi interessi in gioco¹⁴⁵.

La funzione del responsabile in tale ottica diviene centrale, rappresentando esso il garante di una nuova forma di partecipazione procedimentale che si caratterizza, al contempo, per un contraddittorio contestuale tra i diversi interessi rilevanti nella procedura di regolazione e per uno spostamento dell'interlocuzione tra sfera pubblica e sfera privata ad un livello preliminare. Da questo punto di vista, il dialogo tra regolatore e regolati – qualificando una partecipazione "diffusa" e più intensa¹⁴⁶ – si estende alla fase di "costruzione" dei contenuti della proposta di regolazione, nell'ambito della quale il responsabile è chiamato ad individuare forme di mediazione preliminare tra i diversi interessi confliggenti nell'ottica di uno snellimento della stessa istruttoria procedimentale¹⁴⁷. In

¹⁴² In tema si vedano S. ROSE-ACKERMAN, *Consensus versus incentives: a skeptical look at regulatory negotiation*, in *Duke law journal*, 1994, 43, 1206 ss.; W. FUNK, *Bargaining toward the new millennium: regulatory negotiation and the subversion of the public interest*, in *Duke law journal*, 1997, 46, 1351 ss.; G.P. MANZELLA, *Brevi cenni sulla regulatory negotiation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, 274 ss.; R.B. STEWART, *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 1 ss.

¹⁴³ Su tale evoluzione G.P. MANZELLA, *Brevi cenni sulla regulatory negotiation*, cit., spec. 275 ss.

¹⁴⁴ Sul punto S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 901 ss., che riconduce il modello statunitense della regolazione negoziata al rinnovato modello di azione dei pubblici poteri mediante il ricorso a forme di regolazione che "mimano" il mercato.

¹⁴⁵ Al proposito, sia pure in un contesto diverso dedicato alla ricostruzione del percorso di trasformazione dello strumento concessorio, A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, 567 ss. Sull'abbandono della logica unilaterale a favore di un approccio fondato sullo "scambio", già prima G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano 1988, II, 49 ss.

¹⁴⁶ R. BETTINI, *Aspetti della partecipazione*, cit., 118 e 123.

¹⁴⁷ Al proposito P.J. HARTER, *Regulatory negotiation*, in *Practice and perspective*,

siffatto contesto il modello consensuale sotteso alla regolazione negoziata conduce, come già osservato, alla costituzione di un comitato di regolazione (*committee*) che assume la funzione di una stanza di compensazione preliminare del conflitto endoprocedimentale¹⁴⁸. L'individuazione all'interno del comitato di un facilitatore (*facilitator*) consente al tempo stesso di osservare come tale soggetto di fatto si affranchi dall'amministrazione pubblica procedente per divenire un vero e proprio garante *super partes* del contraddittorio che si sviluppa nell'ambito del comitato, essendo chiamato in concreto a condurre le negoziazioni e ad operare un bilanciamento tra le posizioni dei vari componenti.

Una impostazione di questo tipo ha trovato accoglimento, con riguardo all'ordinamento italiano, soltanto in parte ed in epoca più recente, per effetto della particolare disciplina dettata in relazione alla partecipazione dei regolati ai procedimenti di regolazione in materia di servizi di pubblica utilità¹⁴⁹. Il dato risulta particolarmente evidente rivolgendo l'attenzione alla prassi regolamentare di quella che fra le autorità amministrative indipendenti ha conferito una speciale attenzione alla funzione di mediazione del conflitto endoprocedimentale rimessa in capo al responsabile del procedimento di regolazione¹⁵⁰. Il riferimen-

1988, 62 ss., si richiama ad una peculiare funzione del contraddittorio sulla proposta di regolazione, il quale appare idoneo non soltanto a sgravare la successiva fase del *comment* (e, dunque, il momento istruttorio partecipato in senso tradizionale), ma anche a diminuire l'incidenza del successivo ed eventuale intervento giurisdizionale.

¹⁴⁸ P.J. HARTER, *Regulatory negotiation*, cit., 62 ss.

¹⁴⁹ Indicazioni in merito in S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 947 ss.; S. SCREPANTI, *I procedimenti di regolazione davanti alle autorità indipendenti*, in TORCHIA L. (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna 2012, 137 e ss., ove l'Autrice si sofferma sul rafforzamento delle garanzie procedurali dinanzi alle amministrazioni indipendenti.

¹⁵⁰ Sul punto è necessario precisare come anche altre autorità amministrative indipendenti si siano dotate nel tempo di un'apposita disciplina in materia di partecipazione ai procedimenti che si svolgono davanti ad esse, tuttavia non conferendo alla figura del responsabile del procedimento una rilevanza pari a quella che deriva dalla regolamentazione operata da parte dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il servizio idrico (AEEGSI). Si può richiamare, in questa sede ed a titolo meramente esemplificativo, l'esperienza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), la quale dal 2003 si è dotata di un regolamento attuativo del codice delle comunicazioni elettroniche sulle procedure di consultazione, nell'ambito del quale il ruolo del responsabile ricalca quello di cui alla l. n. 241/1990, con l'importante previsione di un possibile contraddittorio orale in forma di audizione su richiesta delle parti interessate. Più recentemente è da richiamare il caso della Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), la quale si è dotata di un regolamento (delibera n. 19654 del 5 luglio 2016) concernente i procedimenti per l'adozione degli atti di regolazione generale. Il regolamento in questione segna un'importante

to è alla esperienza, che potrebbe definirsi “pionieristica”, dell’Autorità per l’energia elettrica, il gas ed il servizio idrico – Aeegsi, la quale consente di evidenziare, a partire dalla seconda metà degli anni Novanta (e di fatto in assenza di una disciplina legislativa puntuale in materia), la centralità del ruolo del responsabile del procedimento, considerato quale soggetto chiave nell’ambito di un sistema di regolazione improntato all’originario modello statunitense del *notice and comment*.¹⁵¹ Una linea di tendenza di questo tipo è stata confermata, successivamente, dalla stessa Autorità nelle delibere del 2009 e, da ultimo, del 2014, mediante le quali si è giunti ad una più matura codificazione della partecipazione ai procedimenti regolatori in materia di energia elettrica, gas e servizio idrico, non tralasciando (ed è questo che qui interessa rimarcare) una speciale attenzione nei confronti della figura del responsabile dell’istruttoria procedimentale.¹⁵² Ciò che emerge da questo percorso evolutivo è il fatto che si è avvertita l’esigenza di andare oltre le forme di coinvolgimento della sfera privata delineate dalla prima deliberazione in materia del 1997, risultando maggiormente adeguato adottare una disciplina di consultazione più articolata, strumentale ad un’intensifica-

tappa nella evoluzione del modello partecipativo in materia di regolazione, riprendendo il modello statunitense di cui si è fatta menzione nel testo. Nello specifico l’art. 5 della delibera, nel disciplinare l’attività di consultazione, apre la strada verso un contraddittorio preliminare volto alla “predisposizione dello schema di atto di regolazione generale”, prevedendo altresì la possibilità di “*istituire comitati*, composti da operatori del mercato, esponenti dei soggetti interessati ed esperti, cui richiedere un parere preventivo sui documenti da sottoporre a consultazione” e di “*effettuare incontri* anche aperti al pubblico e incontri con gruppi ristretti di soggetti interessati” (corsivi nostri). Anche l’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) con regolamento 8 aprile 2015 si è dotata di una disciplina della partecipazione ai propri procedimenti di regolazione, dalla cui analisi emerge non soltanto la valorizzazione di un contraddittorio orale (ancorché non anticipato alla predisposizione della proposta di atto di regolazione), ma anche la possibilità del ricorso a “tavoli tecnici” di consultazione privi del carattere di stabilità ed espressione dei soggetti che a vario titolo sono coinvolti nella materia oggetto di regolazione da parte dell’Autorità.

¹⁵¹ Intendiamo riferirci in questa sede alla deliberazione 20 maggio 1997, n. 61 mediante la quale l’Aeeg ha delineato la prima disciplina procedurale per la formazione degli atti di regolazione dell’autorità, dando speciale rilevanza alla individuazione di una persona fisica responsabile degli adempimenti relativi alla intera fase preparatoria.

¹⁵² Il riferimento è a AEEGSI, Deliberazione 30 ottobre 2009 – GOP 46/09, in *Aeegsi.it*, ove risulta particolarmente interessante l’esame del modulo partecipativo codificato nell’Allegato A di quest’ultima, sotto la rubrica «Disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas». Da ultimo la delibera in questione è stata (sia pure senza apportare mutamenti di carattere sostanziale al modello di fondo) sostituita per effetto della deliberazione 23 dicembre 2014 n. 649/2014/A, sempre consultabile in *Aeegsi.it*.

zione della “democrazia deliberativa”, della trasparenza e della qualità della regolazione¹⁵³.

Rivolgendo l'analisi alla disciplina regolamentare in questione, il dato di tutta rilevanza è rappresentato dalla possibilità di inquadrare la funzione del responsabile del procedimento in termini di ulteriore e più articolata evoluzione non soltanto rispetto al modello di cui all'art. 6 della l. n. 241/1990, ma anche rispetto a quanto oggetto di previsione da parte dell'art. 11, comma 1-*bis*, della legge in questione¹⁵⁴. Al proposito è stato osservato come quest'ultima disposizione, collocata nel contesto della cd. amministrazione consensuale¹⁵⁵, si presti – ove letta in chiave non riduttiva – a configurare un particolare modello di interlocuzione procedimentale di cui può farsi garante il responsabile del procedimento nel concretizzarsi della funzione amministrativa¹⁵⁶. L'idea che, a tal proposito, sembra emergere, come già è stato evidenziato in questo contributo, è quella di un responsabile del procedimento quale soggetto idoneo ad assumere una funzione “strumentale”, nell'ottica di una lettura “al rialzo”¹⁵⁷ e di una massima valorizzazione delle disposizioni della l. n. 241/1990 in tema di costruttivo scambio e “confronto” tra sfera pubblica e sfera privata¹⁵⁸. In altre parole, accedendo a questa interpretazione, è possibile guardare al responsabile del procedimento come ad un soggetto che incorpora una forte carica propulsiva (secondo un approccio che

¹⁵³ Si può rilevare altresì come in sede di elaborazione dei contenuti della delibera Aeg del 2009, fosse stata proposta l'introduzione della “regolazione negoziata” (in linea con il sistema statunitense), iniziativa subito frenata dall'Autorità, forse perché ritenuta troppo invasiva nei confronti dell'attività dell'ente, essendo il “comitato di regolazione negoziale” (tipico del modello d'oltreoceano) competente ad esternare una vera e propria proposta normativa.

¹⁵⁴ Più in generale sul rapporto tra disciplina generale di cui alla l. 241/1990 e speciale disciplina procedurale dettata dalle autorità indipendenti E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679 ss.

¹⁵⁵ Per l'utilizzo di tale espressione, ad esempio, R. FERRARA, *Introduzione*, cit., 178 ss.

¹⁵⁶ Una tale lettura della disposizione *de qua* è operata ad esempio da F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133 e ss.; N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi*, cit., spec. 19 per il rifiuto di una lettura “riduttiva o tradizionalista dell'art. 11”, giacché non “pienamente conforme alle esigenze di ammodernamento e trasparenza dell'azione dei pubblici poteri”.

¹⁵⁷ N. AICARDI, *La disciplina generale*, cit., 19.

¹⁵⁸ In tal senso M. RENNA, *Il responsabile*, cit., 507 ss., il quale qualifica la figura come istituto “strumentale alla possibilità di applicazione della maggior parte delle regole e degli istituti di partecipazione e semplificazione contenuti nella legge n. 241”

privilegia un suo ruolo *pro-active* e non meramente *re-active* rispetto allo svolgimento del procedimento) e che viene ad assumere sempre più le sembianze di un “facilitatore” nell’ambito di processi decisionali la cui funzione è quella di mediare il conflitto tra le parti del procedimento¹⁵⁹.

In questo contesto il modello desumibile dalla delibera Aeegsi del 2014, con cui è stata riscritta la disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione di tale amministrazione indipendente, rappresenta, a sua volta, un ulteriore stadio di evoluzione rispetto al paradigma generale di riferimento. L’immagine di una funzione di mediazione costruttiva rimessa in capo al responsabile del procedimento regolatorio deriva dalla particolare disciplina che in tale contesto è stata operata con riguardo alle modalità di consultazione del pubblico. Ciò è particolarmente evidente ove si consideri che, accanto alle normali forme di interlocuzione tra regolatore e soggetti regolati (improntate al già richiamato modello del *notice and comment*), l’Autorità ha ritenuto – sul modello di derivazione statunitense – di prevedere la possibilità di un contraddittorio caratterizzato nel senso dell’informalità, mediante il riconoscimento in capo al responsabile del procedimento della possibilità di organizzare “incontri pubblici” e “seminari”, così come di ricorrere alla creazione di “gruppi di lavoro” per acquisire informazioni utili nell’ambito del processo regolatorio¹⁶⁰.

Il ricorso a questi strumenti interattivi ed informali di scambio e “confronto” diretto, avvenendo su iniziativa del responsabile del procedimento, consente di far assumere a quest’ultimo una funzione nuova e diversa che potrebbe essere definita, come già anticipato, di natura “propulsiva” (*pro-active*) rispetto all’*iter* procedimentale. In tal modo viene a conferirsi un più solido fondamento all’idea del responsabile del procedimento quale soggetto pubblico promotore e garante di un dialogo “proficuo”

¹⁵⁹ In merito a tale approccio S.G. BREYER, *Administrative law, democracy and the American Constitution*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 1 ss., il quale si riferisce, in chiave metodologica ad un “purpositive approach” (che ben potrebbe costituire un paradigma concettuale di riferimento per la valorizzazione della figura del responsabile nella prospettiva della facilitazione procedimentale cui si è fatto riferimento a più riprese nel testo).

¹⁶⁰ Il riferimento è nello specifico all’art. 4, comma 3, della deliberazione n. 649/2014 laddove si riconosce che il responsabile del procedimento, anche su domanda di parte “può organizzare gruppi di lavoro, incontri pubblici e seminari dandone adeguata comunicazione attraverso il sito internet dell’Autorità; può, inoltre, pubblicare sul medesimo sito, una raccolta di risposte alle domande più frequenti, formulate dai soggetti interessati”.

tra l'amministrazione ed i privati, come tale idoneo a produrre due effetti: da un lato superare ed "attualizzare" le previsioni troppo "anguste" contenute nella l. 241/1990 in tema di partecipazione¹⁶¹; dall'altro porre la figura in questione in una logica di terzietà rispetto al processo di regolazione, affidandole il compito di operare una mediazione del conflitto endoprocedimentale in vista della definizione dei contenuti delle misure regolative. Appare chiaro come in tal modo il responsabile divenga un autentico punto di snodo dell'intera procedura. Al pari di quanto già osservato con riguardo al modello statunitense della regolazione negoziata, il responsabile sembra "sganciarsi" dall'amministrazione procedente, per assumere le sembianze di un soggetto neutrale, garante di un contraddittorio endoprocedimentale che può assumere una dimensione non soltanto verticale-bilaterale (tra amministrazione procedente ed istante) ma anche orizzontale e "triangolare" (tra amministrazione procedente, istante e controinteressati sostanziali) e che è finalizzato alla individuazione di eventuali "altre opzioni" rispetto al contenuto dell'atto di conclusione del procedimento¹⁶².

La prospettiva che si delinea è, dunque, quella di un peculiare e privilegiato rapporto che si viene a creare tra responsabile del procedimento e cittadini, valorizzando la posizione intermedia del primo, nel senso di soggetto chiamato a "mediare" tra le istanze della sfera pubblica e quelle della sfera privata¹⁶³. Inquadramento, questo, che appare perfettamente

¹⁶¹ Ed in questo senso sono da leggere le parole di F. LEDDA, *Problema amministrativo cit.*, 133 e ss., il quale parla al proposito della necessità di interpretare in senso più evolutivo il ruolo del responsabile, inteso quale effettivo "interlocutore" dei soggetti privati con lo scopo di dare vita ad un dialogo "ordinato", come tale idoneo ad evitare che una "scoordinata discussione pregiudichi la continuità ed utilità della sequenza procedimentale".

¹⁶² Si valorizza in tal modo la funzione del "dialogo" nel procedimento come "veicolo" per introdurre soluzioni alternative (su cui E. CASSETTA, *Manuale*, cit., 448, ma anche M. RENNA, *Il responsabile*, cit., 507, che conclude rilevando come "attorno alla figura organizzativa del responsabile, stabile guida e punto di riferimento dell'intera procedura, ruotano, dunque, le regole, gli istituti e le stesse parti pubbliche e private del procedimento, nel disegno di un'amministrazione paritaria e razionale"). Peraltro, l'Autore da ultimo richiamato (spec. 525 ss.) riconduce l'intero discorso alla possibilità di configurare, alla luce delle riforme che hanno investito la disciplina anche del pubblico impiego, uno "spazio di autonomia manageriale" del responsabile "relativo alla conduzione della singola procedura" che pare essere inquadrabile in primis alla luce di un nuovo rapporto tra dirigente e funzionario responsabile (non più gerarchico in senso stretto).

¹⁶³ Da questo punto di vista si privilegia la lettura del responsabile in termini di "facilitatore", richiamando altresì quella corrente di pensiero che ha messo sullo stesso piano lo studio del responsabile del procedimento e quello del difensore civico: per cui

conforme alla stessa nozione di responsabile inteso, sulla base di una indagine di tale figura ricondotta alla prospettiva comparata (guardando ad esempio anche all'ordinamento britannico) come *leading authority* del procedimento amministrativo: ossia soggetto "responsabile nell'acquisizione del consenso tra le organizzazioni" e svolgente un "ruolo primario di negoziazione con i terzi".¹⁶⁴ Ciò conduce, in definitiva, ad avvalorare la possibilità di una lettura dell'evoluzione della funzione del responsabile del procedimento in linea con le elaborazioni di matrice sociologica richiamate in questo contributo. La sua configurazione in chiave proattiva rispetto all'intero *iter* procedimentale diviene, in conclusione, l'espressione di quella trasformazione che ha investito in senso oggettivo la funzione amministrativa e, in chiave soggettiva, la stessa *leadership* procedimentale, rendendola sempre meno autoritativa e sempre più facilitativa.

9. Conclusioni

L'itinerario evolutivo che si è provato a disegnare in questo contributo non sembra poter dare adito a dubbi in merito alla conformazione funzionale del responsabile del procedimento quale soggetto dotato di poteri che – se correttamente inquadrati – appaiono idonei a determinare quella trasformazione del conflitto che si sostanzia nel passaggio dalle posizioni agli interessi e nel cd. allargamento delle opzioni potenzialmente praticabili. Il responsabile, alla luce dell'itinerario che si è prospettato, può dunque assumere non soltanto la connotazione di "colonna portante" dell'apparato burocratico, ma anche di "risolutore" delle problematiche relazionali (come testimonia altresì anche l'esperienza "virtuosa" di alcune Regioni)¹⁶⁵, di "valorizzatore" dell'efficienza amministrativa:

"il responsabile dovrebbe svolgere dall'interno un ruolo analogo a quello affidato, all'esterno, al difensore civico nei confronti dell'amministrazione comunale e provinciale" (sul punto M.A. SANDULLI, L. MUSSELLI, *Art. 6. Compiti del responsabile del procedimento*, in *L'azione amministrativa*, Milano 2008, 201 ss.; ma anche C. VIDETTA, *Difensore civico e giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 263 ss.).

¹⁶⁴ Così G. CORSO, *Il responsabile del procedimento*, cit., 62.

¹⁶⁵ Non costituisce oggetto di trattazione in questo lavoro il tema della partecipazione dei cittadini alla formazione delle politiche pubbliche regionali. Tuttavia, proprio in relazione a quanto osservato con riguardo ai procedimenti regolatori delle autorità indipendenti per quel che concerne la figura del responsabile del procedimento, qualche cenno sommario sembra poter dare ulteriore conferma alla parabola evolutiva che qui si è voluta tratteggiare. In questa prospettiva si può richiamare, ad esempio, l'esperienza regionale particolarmente "virtuosa" che ha condotto al varo della legge regionale Emi-

un soggetto cioè capace di creare un autentico “ponte” tra impersonalità e personalità e di agevolare il raggiungimento di una decisione il più possibile condivisa ed adeguata alla realtà oggetto di regolazione. Ma un percorso ascendente di questo tipo, se non era (ragionevolmente) nella mente di Franz Klein, poco mancava perché, una volta pensato per la sfera giurisdizionale, potesse venire “esportato” anche al potere amministrativo. L’evoluzione successiva a questa trasposizione, che si traduce in un itinerario di attenuazione e mediazione dei conflitti intercettati dall’azione amministrativa è, come già rilevato, storia più recente...

lia-Romagna 8 febbraio 2010, n. 3 in tema di partecipazione dei privati ai processi di determinazione delle politiche pubbliche. Nello specifico, l’art. 8 di tale legge individua la figura del «*tecnico di garanzia*» in materia di partecipazione. Dall’esame della norma in questione si percepisce che tale soggetto è chiamato a condurre i processi partecipativi offrendo un vero e proprio *supporto metodologico* per il loro armonico svolgimento. E’ tenuto altresì a “mediare” le differenti prese di posizione emergenti nell’ambito della procedura, creando le condizioni per un proficuo confronto ed una comunicazione costruttiva. A quanto fin qui affermato è da aggiungere come già la l.r. Emilia-Romagna 27 maggio 2008, n. 8, nell’integrare e modificare la precedente l.r. n. 34/1999 avesse inserito nel testo originario del 1999 un nuovo Titolo V-*bis*, recante «istruttoria pubblica». L’art. 50-*bis* di quest’ultima aveva attribuito all’Assemblea legislativa regionale la possibilità di indire un’istruttoria pubblica con conseguente individuazione del responsabile del procedimento che ne deve “seguire” lo sviluppo in chiave procedimentale. L’istruttoria pubblica è uno strumento partecipativo per la sola formazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale e si svolge in forma di contraddittorio misto, pubblico-privato ai sensi dell’art. 17 dello Statuto emiliano del 2005. Nello specifico, l’art. 50-*ter* impone al responsabile di darne pubblico avviso di convocazione, avendo egli l’onere di garantire la conoscenza “esterna” al fine di permettere alle parti interessate un proprio intervento endoprocedimentale. Il responsabile stabilisce inoltre le fasi del dibattito per agevolare l’informazione delle parti coinvolte e la partecipazione delle stesse, assicurando la “parità di espressione” di tutti i punti di vista. (art. 50-*quater*, comma 3).

LE ORIGINI DEL REGIME PARLAMENTARE IN CANADA:
IL *CONSTITUTION ACT* (1791), L'*ACT OF UNION* (1840)
ED IL RICONOSCIMENTO PER VIA CONVENZIONALE
DEL *RESPONSIBLE GOVERNMENT* (1848)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una precisazione terminologica e concettuale: la nozione di *responsible government*. – 3. L'istituzione di ordinamenti rappresentativi nelle Colonie del Canada atlantico. – 4. L'iniziale esclusione di istituzioni rappresentative nel Canada centrale. – 4.1. a) il periodo francese. – 4.2. b) il periodo inglese: la *Royal Proclamation* del 1763. – 4.3. c) il *Québec Act* del 1774. – 5. Il *Constitution Act* del 1791. – 5.1. Monarchia e rappresentanza. – 5.2. Imitazione o «ombra» della Costituzione inglese? – 6. Le lotte costituzionali nell'*Upper* e nel *Lower Canada*. – 6.1. Il *Lower Canada*. – 6.1.1. Il primo quindicennio. – 6.1.2. Craig: la prima crisi costituzionale. – 6.1.3. Il conflitto sulla rimozione dei giudici. – 6.1.4. Il voto parlamentare sulle leggi di spesa e la crisi Dalhousie. – 6.1.5. Le «92 Resolutions». – 6.1.6. La crisi del 1837-38 e la sospensione del *Constitution Act* nel *Lower Canada*. – 6.2. L'*Upper Canada*. – 6.3. Il rapporto Durham. – 6.4. L'unificazione dei due Canada. – 6.5. L'organizzazione costituzionale del Canada unito. – 7. La concessione del *responsible government* nelle colonie canadesi. – 7.1. Sydenham: fra aperture al *responsible government* e governatore capo-partito. – 7.2. Bagot: l'apertura al gruppo francofono e l'acquiescenza alla maggioranza parlamentare riformista. – 7.3. Metcalfe: il ritorno all'attivismo del governatore. – 7.4. Elgin: il riconoscimento del *responsible government* ad immagine della Costituzione britannica. – 7.5. Il *responsible government* nelle altre colonie britanniche dell'America del Nord. – 8. Alcune conclusioni.

1. *Premessa*

L'introduzione delle istituzioni rappresentative nei territori corrispondenti all'attuale Canada risale alla seconda metà del XVIII secolo, negli anni in cui la Nuova Francia fu conquistata dagli inglesi. Essa è dunque un capitolo della storia dell'Impero britannico e si colloca nella cruciale fase del passaggio dal «primo» impero (fortemente incrinato dall'indipendenza delle tredici colonie della costa atlantica, poi divenute gli Stati Uniti d'America) al «secondo» impero, del quale proprio il Nord

America rimasto britannico dopo il 1783 costituì una delle più significative *success stories*.

Tuttavia l'introduzione di organi rappresentativi – che aveva già caratterizzato le colonie poi confluite negli Stati Uniti¹ – sta anche all'origine di una delle più vitali tradizioni costituzionali nazionali del mondo occidentale: quella canadese, destinata a farsi progressivamente autonoma e a giungere, quasi senza soluzione di continuità, sino ai giorni nostri. Si tratta di un arco temporale di durata ormai plurisecolare, dato che i primi abbozzi di Parlamenti coloniali videro la luce nella seconda metà del XVIII secolo dapprima in quelle che sono oggi definite Province atlantiche (le odierne province della Nova Scotia, del New Brunswick e di Prince Edward Island), e in seguito – negli stessi anni in cui in Francia si sviluppava la Grande Rivoluzione – nei territori del Canada centrale (corrispondenti alle attuali province del Québec e dell'Ontario e storicamente decisivi per lo sviluppo costituzionale canadese). Ne risulta un rilevante capitolo della storia della democrazia rappresentativa a livello globale.

Lo studio del regime parlamentare in Canada – della sua origine, della sua evoluzione e della sua situazione attuale – ha tuttavia goduto di una attenzione minore rispetto a quella che la dottrina (sia dello stesso Canada, sia di altri Paesi) ha dedicato ad altri profili dell'ordinamento costituzionale e del sistema politico canadese (quali il dualismo anglo-francese, il sistema federale, il multiculturalismo, il sistema di *judicial review of legislation* o la pluralità delle procedure di revisione costituzionale). La ragione di questa disattenzione sta forse nella presunta scarsa originalità dell'esperienza parlamentare canadese, che ad uno sguardo superficiale

¹ In tali colonie, la presenza di assemblee rappresentative – o di organi, come la *General Court* del *Massachussets*, che ne costituivano una fase embrionale di sviluppo – si riscontra fin dalla prima ondata di colonizzazione, nei primi decenni del seicento (durante il regno di Giacomo I e poi di Carlo I). Ciò vale sia per la *Massachussets Bay Colony* (e per le altre colonie del New England, talvolta derivate da essa: Plymouth, Rhode Island, New Haven, Connecticut), sia per la Virginia ed il Maryland ed indipendentemente dalla natura della Colonia (si trattasse di *Proprietary Colony*, come il Maryland, di *Corporate Colony*, come la Virginia e la *Massachussets Bay*, o di *Covenant Colony*, come le colonie di origine puritana). Più chiara è la previsione *ab origine* di una Assemblea, di cui si ravvisano tracce sin dalle *Charters* con cui veniva concesso il diritto di fondare una Colonia, per le Colonie costituite dopo la metà del seicento, durante il regno di Carlo II (New Jersey, e le due Caroline, ma non New York). Nel momento in cui le istituzioni rappresentative venivano estese all'area corrispondente alla Nova Scotia, il potere di tali istituzioni nelle colonie poi federatesi negli Stati Uniti si era significativamente consolidato. Su queste vicende si v. la ricostruzione sintetica di A.H. KELLY, W.A. HARBISON, H. BELZ, *The American Constitution. Its Origins & Development*, VI ed., New York 1983, 4, 6, 8-9, 17-18 e 32-33.

potrebbe apparire meramente ripetitiva di quella britannica. Tuttavia, l'indubbia imitazione della Costituzione inglese che ha segnato la storia costituzionale e parlamentare del Canada, non priva quest'ultima della sua originalità, che appare, anzi, più evidente proprio nella fase in cui il regime parlamentare vide faticosamente la luce nell'America settentrionale rimasta britannica dopo l'indipendenza degli Stati Uniti.

L'introduzione del sistema rappresentativo nelle colonie britanniche dell'attuale Canada fu il punto di avvio per una lunga lotta costituzionale volta a modificare la forma di governo di tali colonie (e lo stesso rapporto coloniale con la Madrepatria britannica), al fine di affermare il principio della responsabilità politica degli esecutivi davanti alle Assemblee rappresentative elette a suffragio diretto e quasi universale (almeno per quanto concerne il suffragio maschile). A questa lotta costituzionale, durata oltre mezzo secolo, e conclusasi attorno al 1848, sono dedicate le pagine seguenti. Esse, dopo una breve chiarificazione concettuale, mirano ad evidenziare le linee conflittuali attraverso cui il regime parlamentare venne consolidandosi in un contesto per più aspetti difficile, a causa delle tensioni interne (di carattere etnico-culturale) e dei complessi rapporti fra le province canadesi e la madrepatria da un lato e l'ingombrante Repubblica americana dall'altro.

2. *Una precisazione terminologica e concettuale: la nozione di responsible government*

Prima di ripercorrere le tappe essenziali che hanno accompagnato l'emersione ed il consolidamento del regime parlamentare canadese, occorre un breve chiarimento terminologico e concettuale. Se la nozione di regime rappresentativo – pur nella sua notevole complessità – non presenta problemi specifici nell'analisi dell'origine storica del regime parlamentare in Canada, una precisazione terminologica e concettuale deve essere dedicata al modo in cui la forma di governo parlamentare viene analizzata nella dottrina canadese. Quest'ultima, infatti (così come quella australiana² e neozelandese³) utilizza più spesso la nozione di *responsible*

² Ad es., cfr. P. LOVEDAY, A.W. MARTIN, *Parliament, Factions and Parties. The First Thirty Years of Responsible Government in New South Wales, 1856-1889*, Melbourne 1966 e P. WELLER, D. JAENSCH (a cura di), *Responsible Government in Australia*, Richmond-Vict. 1980.

³ Cfr. ad es. J. HIGHT, H.D. BAMFORD, *Constitutional History and Law of New Zealand*,

government per definire il concetto di regime parlamentare⁴. Con essa la dottrina designa un sistema di governo in cui «i poteri della Corona possono essere esercitati solo sulla base delle proposte o delle istruzioni di *leaders* politici che controllano la maggioranza dei voti in Parlamento»⁵. Tale nozione si compone dunque di due elementi: a) l'organo di governo, abilitato a consigliare il capo dello Stato nell'adozione degli atti che la Costituzione attribuisce alla sua competenza, deve essere composto da persone che godono della fiducia dell'Assemblea legislativa; b) il Capo dello Stato è tenuto a seguire le proposte dei membri del Governo nell'esercizio dei suoi poteri⁶.

Christchurch-Wellington-Dunedin 1914, 270 ss. e P.A. JOSEPH, *Constitutional and Administrative Law of New Zealand*, III ed., Wellington 2007. Questa terminologia è invece meno frequente per descrivere il regime parlamentare britannico. Si v. comunque A.H. DODD, *The Growth of Responsible Government from James the First to Victoria*, London 1956.

⁴ W. LEGGO, *The History of the Administration of the Right Honorable Frederick Temple, Earl of Dufferin, late Governor General of Canada*, Toronto 1878, 37 osserva: «In Canada this form of government is known as “responsible government”. This, strictly speaking, is inaccurate. The proper term is “constitutional government”, but the former phrase has become now too well established to be discarded»: si può sottoscrivere questa affermazione, solo precisando che la qualificazione corretta è oggi quella di governo parlamentare.

⁵ Così P. MONAHAN, B. SHAW, *Constitutional Law*, IV ed., Toronto 2013, 32. Analogamente P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, III ed., Toronto Release 2009-1, 9-5. Per una definizione più risalente si v. J.E.C. MUNRO, *The Constitution of Canada*, Cambridge 1889, 8: «in accordance with the principle of “responsible government” the Governor-General is by constitutional practice required to select as his ministers those members whose policy obtains the confidence of the House of Commons» e «in all matters not directly affecting Imperial interests, the Governor-General is required to act by the advice of his ministers» (9). Secondo M. OLLIVIER, *Problems of Canadian Sovereignty*, Toronto 1945, 54, «responsible government exists when the executive is responsible to the Legislature and is chosen from amongst those members of the party which received the greatest number of votes in the election and may command a majority of votes in the House of Commons». P. AUCOIN, J. SMITH, G. DINSDALE, *Responsible Government: Clarifying Essentials, Dispelling Myths and Exploring Change*, Ottawa 2004, 11, sostengono che il *responsible government* («the rule upon which everything else depends») «means that the government – consisting of the Prime Minister and the Cabinet – must always have the confidence of the majority of elected MPs in the House of Commons. This one rule is the foundation of our democratic system, from which everything else derives. The name we give to this rule is the “confidence convention”». Talora le due nozioni sono fuse in quella di *responsible parliamentary government*: ad es. W.P.H. CLEMENT, *The Law of the Canadian Constitution*, III ed., Toronto 1916, 345 e A. SHORTT, *The relations between the legislative and the executive branches of the Canadian government*, in *American Political Science Review*, 7:2 (may 1913), 181.

⁶ Così ancora P. MONAHAN, B. SHAW, *Constitutional Law*, cit., 45. Analogamente R.Q. QUENTIN-BAXTER, *The Governor-General's constitutional discretions: an essay towards a re-definition*, in *Victoria Univ. of Wellington Law Review*, vol. 10 (1979-1980), 304, indi-

Così definita, la nozione di *responsible government* presuppone l'esistenza di organi rappresentativi, ma non si esaurisce in essi, in quanto il *representative government* è condizione necessaria, ma non sufficiente, ad aversi *responsible government*. Se quest'ultimo è stato talora ritenuto la «conseguenza necessaria delle istituzioni rappresentative»⁷, resta fermo che il nesso consequenziale così evocato non è affatto scontato, come varie esperienze storiche di regimi rappresentativi ispirati alla separazione rigida dei poteri stanno a dimostrare. E fra queste ultime va annoverato proprio il caso dell'ordinamento rappresentativo che reggeva il Canada (e le altre Province britanniche del Nord America) anteriormente alla concessione del *responsible government*: in tale sistema, infatti, il potere esecutivo non era esercitato da un collegio di ministri responsabili davanti all'assemblea rappresentativa, ma da un Governatore nominato formalmente dal monarca (ma di fatto dal Governo) inglese, affiancato da un Consiglio esecutivo, composto di membri nominati e revocati dalla Corona⁸, che doveva, peraltro, convivere con una Assemblea legislativa eletta in rappresentanza di una quota della popolazione della Colonia.

Naturalmente, su questo schema – che riproduceva il modello monarchico-costituzionale noto sul continente europeo – si innestava un elemento peculiare⁹: il Governatore era l'agente della Madrepatria e non un monarca ereditario autoctono. Esso, dunque, rappresentava – con il suo

vidua due convenzioni come base del regime parlamentare in Nuova Zelanda: «ministers are collectively responsible to Parliament» e «the Crown acts on the advice of Ministers». Secondo P. AUCCOIN, J. SMITH, G. DINSDALE, *Responsible government*, cit., 20 ss., l'unica regola-base del *responsible government* è la *confidence convention* [corrispondente a quelle indicate *sub a*) nel testo], mentre tutte le altre regole sono da questa derivate. A noi però la schematizzazione riportata nel testo pare preferibile: la mera regola della fiducia è infatti di per sé compatibile anche con un regime parlamentare dualista, in cui il Capo dello Stato conserva importanti poteri di direzione politica. Il *responsible government*, invece, si ispira al principio democratico e richiede un regime parlamentare monista.

⁷ Questa formula si ritrova nel rapporto Durham del 1839 (*Lord Durham's Report – An Abridgement of Report on the Affairs of British North America by Lord Durham*, a cura di G.M. Craig, Toronto 1963, 139), su cui si v. *infra*, par. 6.3 Ma anche D. BARANGER, A. LE DIVELLEC, *Régime parlementaire*, in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (a cura di), *Traité international de droit constitutionnel*, vol. II, Paris 2012, 161, ritengono che il regime parlamentare sia «une continuation, une effectuation à un degré plus avancé, des idées set des exigences impliquées par le régime représentatif».

⁸ Il potere di nomina spettava formalmente al Sovrano britannico, il che significava che la scelta rientrava in concreto nella competenza del governo imperiale, per lo più su proposta del Governatore della Colonia.

⁹ H. BRUN, G. TREMBLAY, E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, V ed., Cowansville 2008, 596, «le particularisme des régimes parlementaires canadiens tient au contexte colonial de leur origine».

ruolo di capo dell'Esecutivo e con i suoi poteri – non solo l'elemento *autocratico* della Costituzione coloniale (contrapposto a quello democratico rappresentato dall'Assemblea legislativa), ma anche l'elemento specificamente *coloniale* ed era l'anello di congiunzione¹⁰ fra il governo imperiale e quello della colonia. Il passaggio da un esecutivo espressione del Governatore ad un Esecutivo espressione dell'Assemblea non incise, dunque, solo sulla forma di governo, ma anche sul rapporto coloniale: per questo motivo esso si configurò, nelle Colonie inglesi «bianche», come un momento di notevole rilievo nella graduale transizione dalla condizione coloniale vera e propria alla piena indipendenza¹¹ (anche laddove quest'ultima si è realizzata gradualmente nell'ambito del *Commonwealth*, come tuttora accade per il Canada).

Di conseguenza, il *responsible government* (e le convenzioni attraverso cui esso prende corpo) è il veicolo di due principi-cardine dell'ordinamento canadese, che appaiono «nascosti» a chi intendesse studiarlo solo attraverso i testi costituzionali che lo regolano: la democratizzazione (attraverso la parlamentarizzazione) e l'indipendenza dalla Madrepatria¹² (attraverso lo spostamento in capo al Primo Ministro dei poteri formalmente attribuiti alla Regina di Gran Bretagna e al Governatore Generale). Il modo in cui il passaggio dal governo rappresentativo con esecutivo monarchico al regime parlamentare si è compiuto nell'esperienza canadese presenta alcuni tratti originali, alla cui ricostruzione sono dedicate le pagine che seguono.

¹⁰ ... «le seul lien qui rattache la colonie à la métropole», secondo R. DE VILLENEUVE ESCLAPON, *Role du Gouverneur dans la Constitution canadienne*, Thèse pour le doctorat, Paris 1902, 6; il «connecting link between the distant position of a widespread empire and the august person of its monarch», secondo A. TODD, *The Parliamentary Government in the British Colonies*, London 1880, 583. Osservava incisivamente M. OLLIVIER, *Problems of Canadian Sovereignty*, cit., 61: «the power of the governor has always been in opposite proportion to our autonomy; for instance, during the early years, when the governor was all-powerful, our liberty and our autonomy were reduced to a minimum. On the other hand, when the governor found himself in the same position of the King whom he represents, that is, in the position of a constitutional monarch who reigns but does not govern, we had obtained our autonomy, and, what is more, our sovereignty».

¹¹ Su questa vicenda, e sui suoi riflessi sul costituzionalismo canadese (oltre che di Australia e Nuova Zelanda), v. ora P.C. OLIVER, *The Constitution of Independence*, New York 2005. Il problema si è posto con tratti simili, ma per alcuni profili diversi, nelle colonie inglesi non «bianche». Ad es. in India il *responsible government* fu introdotto a livello provinciale nel 1919 e fu abbozzato in maniera incompleta a livello panindiano con il *Government of India Act, 1935*, che però non venne mai pienamente applicato.

¹² In questo senso «responsible government» era un modo meno allarmante per definire ciò che a proposito della questione irlandese sarebbe poi stato definito *Home Rule*.

3. *L'istituzione di ordinamenti rappresentativi nelle Colonie del Canada atlantico*

Nelle colonie che erano già sotto il controllo del governo di Londra prima della guerra dei sette anni, le istituzioni rappresentative furono introdotte – con *Royal Proclamations*, vale a dire con atti di prerogativa regia, senza intervento del Parlamento britannico – in Nova Scotia (1758), Prince Edward Island (1773), New Brunswick (1784) e Newfoundland (1832)¹³, analogamente, del resto, a quanto era avvenuto sin dal secolo precedente nelle altre colonie inglesi dell'America settentrionale che dopo il 1776 avrebbero poi formato gli Stati Uniti d'America.

La Nova Scotia – trasferita dalla Francia alla Gran Bretagna nel 1713, in base al Trattato di Utrecht – era stata inizialmente governata mediante un Consiglio di nomina regia; ma nel 1758 venne affiancata al Consiglio un'Assemblea elettiva¹⁴. L'Assemblea legislativa della Nova Scotia – che non aveva inizialmente un mandato predeterminato nel massimo (esso fu fissato nel 1792 in sette anni, riproducendo la regola allora in vigore nel Regno Unito¹⁵, dopo che la quinta legislatura dell'Assemblea era durata ben 14 anni) – può dunque essere considerata, dal punto di vista storico, la prima istituzione parlamentare canadese¹⁶. Nel 1838 sarebbe poi stata introdotta in Nova Scotia una Camera alta nominata dal Governatore della Colonia¹⁷.

L'Ile de Saint Jean, che era stata ceduta dalla Francia all'Inghilterra con il Trattato di Parigi del 1763, ed era stata in un primo momento unita alla Nova Scotia dalla *Royal Proclamation* del 1763, venne separata dalla Nova Scotia nel 1769 ed assunse il nome di Prince Edward Island¹⁸,

¹³ Cfr. al riguardo, per il periodo più risalente, A.H. McLINTOCK, *The Establishment of Constitutional Government in Newfoundland, 1783-1832*, London 1941.

¹⁴ Cfr. J.G. BOURINOT, *The Legislative Council of Nova Scotia*, in *Transactions of the Royal Society of Canada*, 1896, 153.

¹⁵ Cfr. S.N.S. 1792, 32 Geo III, ch. 10.

¹⁶ Così A. O'BRIEN, M. BOSCH (a cura di), *The House of Commons Procedure and Practice*, Ottawa 2009, 5. Sulla tendenza dell'Assemblea della Nova Scotia a rivendicare poteri simili a quelli conquistati dalle colonie del New England si v. W.S. MACNUTT, *The Beginning of Nova Scotia Politics 1758-1766*, in *Canadian Historical Review*, 1935, 41-53.

¹⁷ Dal 1784 al 1820 l'Isola di Cap-Bréton – ceduta dalla Francia all'Inghilterra nel 1763 ed unita in quello stesso anno alla colonia della Nova Scotia – costituì una colonia a sé, ma essa non venne dotata di una assemblea elettiva (J. GARDNER, *The Franchise and Politics in British North America, 1755-1867*, Toronto 1969, 19 e 219, nt. 44).

¹⁸ Il nome fu attribuito all'Isola in onore del quarto figlio di Re Giorgio III e padre della futura Regina Vittoria.

prevedendo per la sua organizzazione politica un Governatore, titolare del potere esecutivo, affiancato da un Consiglio esecutivo: dunque senza alcun organo rappresentativo. Nonostante si trattasse di una *conquered colony*, già nel 1773 venne introdotta nell'isola un'Assemblea elettiva, cui nel 1837 fu affiancato un *Legislative Council*¹⁹.

New Brunswick fu istituita come colonia autonoma, separandola dalla Nova Scotia²⁰ nel 1784, dopo la nascita degli Stati Uniti e fu subito dotata di una Assemblea elettiva, oltre che di un Governatore e di un Consiglio esecutivo. Nel 1832 venne poi introdotta una Camera alta (*Legislative Council*), i cui membri erano nominati dal Governatore della Provincia²¹.

Due profili meritano un breve cenno riguardo all'organizzazione politica di queste colonie.

Fino all'introduzione del *Legislative Council*, il Consiglio esecutivo di nomina regia aveva svolto in Nova Scotia, New Brunswick e Prince Edward Island funzioni al tempo stesso esecutive e legislative (dunque di governo e di seconda Camera), secondo un modello che, seguendo l'esperienza della Virginia, si era delineato nelle colonie più meridionali²² che alla fine del settecento si resero indipendenti come Stati Uniti d'America.

In ogni caso, anche dopo l'introduzione degli organi rappresentativi prima citati, nelle tre Colonie del Canada Atlantico l'esecutivo derivava dal governo imperiale e non era ritenuto responsabile davanti all'Assemblea legislativa.

4. *L'iniziale esclusione di istituzioni rappresentative nel Canada centrale*

Più complessa, ma nel suo insieme determinante per lo sviluppo storico del futuro Canada, fu invece la vicenda dei territori della Nuova Francia, ove erano ignote le istituzioni rappresentative²³, che del resto

¹⁹ Cfr. D.C. HARVEY, *The passing of the Second Chamber in Prince Edward Island*, in *Canadian Historical Association Annual Report*, 1922, 25.

²⁰ Su questa vicenda si v. M. GILROY, *The partition of Nova Scotia, 1784*, in *Canadian Historical Review*, 1933, 375 ss.

²¹ J.G. BOURINOT, *A Manual of the Constitutional History of Canada from the Earliest Period to 1901*, Toronto 1901, 69.

²² R.A. MACKAY, *The Unreformed Senate of Canada*, 1926, Toronto, 21-23.

²³ Si v., fra le molte, le opinioni di due storici e quella di uno scienziato politico. Secondo W. KINGSFORD, *The History of Canada*, vol. X, Toronto-London 1892, 146, «French Canada had left behind no political traditions. There was no trace of that personal liberty

nel XVIII secolo erano ormai in declino anche nella madrepatria, dove gli Stati generali sarebbero riapparsi solo alle soglie della Grande Rivoluzione.

4.1. a) *il periodo francese*

La storia costituzionale del Canada francese prima della conquista britannica si può suddividere in due grandi fasi.

In una prima fase, l'interesse meramente economico e commerciale era assolutamente prevalente su quello alla colonizzazione ed il governo francese si servì del modello delle *chartered companies* usato anche da inglesi ed olandesi: questo schema fu ad es. utilizzato per la concessione ai soci di Jacques Cartier nel 1540-41²⁴. Nel secolo successivo questo modello venne razionalizzato con l'istituzione nel 1627 di un'unica società commerciale, la Compagnia dei Cento Associati²⁵, che intraprese la colonizzazione. Alla guida della Compagnia venne posto un governatore, al quale nel 1647 fu affiancato un Consiglio, in cui nel 1648 vennero inclusi i sindaci di Québec, Montréal e Trois Rivières. Al tempo stesso la *Nouvelle France* fu integrata nel sistema feudale francese.

Nella seconda fase, un ulteriore processo di razionalizzazione aveva portato nel 1663 alla trasformazione della Nuova Francia in una provincia del Regno. Venne così istituito un vero e proprio governo territoriale, affidato ad un Governatore e ad un Intendente, chiamati ad operare congiuntamente nell'ambito di un *Conseil souverain* composto, oltre che da essi e dal Vescovo, da altri 5 consiglieri (poi divenuti 7 nel 1675 e 12 nel 1703)²⁶.

which, with all its imperfections, has been the vital principle of the British constitution. The system has been one of centralization, with the concentration of power in the persons of the Governor and the Intendant». R. MONTGOMERY MARTIN, *History of Upper and Lower Canada*, London 1836, 275, osserva che «when Canada was the possession of the French, the Government was a pure despotism». Secondo S. SHORTT, *The relation*, cit., 182, «Canada, under the French regime, was a pure autocracy». Nel rapporto Durham si affermava che le istituzioni francesi erano «calculated to repress the intelligence and freedom of the great mass of the people» e creavano un «central, ill-organized, unimproving and repressive despotism» (si v. *Report*, Craig ed., cit., 27).

²⁴ Il Comandante della Compagnia, ad es. Samuel Champlain, aveva poteri di governo in qualità di rappresentante del Re.

²⁵ D. MIQUELON, *La Compagnie des Cent Associés*, in <http://www.thecanadianencyclopedia.com/index.cfm?PgNm=TCE&Params=A1ARTA0001815>. Cfr. anche E. SALONE, *La colonisation de la Nouvelle France. Étude sur les origines de la nation canadienne*, Paris 1906.

²⁶ Si v. al riguardo J. DELALANDE, *Le Conseil Souverain de la Nouvelle France*, Québec

Si trattava di un sistema nel quale i tre principali organi monocratici (governatore, intendente, vescovo) erano destinati a controllarsi e a limitarsi a vicenda, mentre un ulteriore ruolo di controllo spettava al Consiglio. Malgrado questo sistema di equilibri (che obbediva ad una logica forse non lontana da quella dei *checks and balances*), difettavano nel sistema coloniale francese quegli elementi rappresentativi che erano ormai stati marginalizzati nella Francia continentale. E lo stesso tentativo del Governatore Louis de Frontenac di convocare nel 1672 un'Assemblea che riunisse nobili, clero e terzo Stato rimase senza conseguenze.

4.2. b) *il periodo inglese: la Royal Proclamation del 1763*

Conquistati nel 1759 dalle truppe britanniche in seguito alla battaglia delle Piane di Abraham, i territori della Nuova Francia furono governati per cinque anni (1759-64) da un «régime militaire»²⁷. Il Trattato di pace di Parigi del 10 febbraio 1763 – che aveva posto fine alla guerra dei Sette anni – trasferì tali territori dalla sovranità francese a quella inglese e la *Royal Proclamation* del 7 ottobre 1763²⁸, contenuta in una Lettera Patente emanata da Re Giorgio III (dunque in un atto espressione della regia prerogativa del Monarca britannico), stabilì un sistema provvisorio di governo civile, affidato ad un Governatore nominato dalla Corona britannica, affiancato da un Consiglio, composto di membri nominati dal Governatore stesso.

La *Royal Proclamation* – che entrò in vigore il 10 agosto 1764 – prometteva, per il futuro, la convocazione di una Assemblea elettiva, sul modello di quella della Nova Scotia, che il Governatore avrebbe dovuto convocare non appena le condizioni della Colonia lo avessero consentito.

1927; R. DU BOIS CAHALL, *The Sovereign Council of New France. A Study in Canadian Constitutional History*, New York 1967; G. LANCTOT, *L'administration de la Nouvelle France*, Montréal, s.d.

²⁷ La prima base giuridica di questo assetto va ravvisata negli *Articles of Capitulation* conclusi al momento della resa di Québec e inviati con dispaccio dal gen. Townshend a William Pitt il vecchio il 20 settembre 1759: se ne v. il testo in A. SHORTT, A.G. DOUGHTY (a cura di), *Documents relating to the Constitutional History of Canada, I – 1759-1791*, Ottawa 1918, 3 ss. Fra l'altro, l'art. 2 di tale documento garantiva agli *habitants* la conservazione del possesso delle loro case, beni, affetti e privilegi, mentre l'art. 6 assicurava loro il libero esercizio della religione cattolica (W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, Toronto 1922, 7-8. Secondo questo autore, *ibidem*, 28-29, il governo militare ebbe tratti benevoli verso la popolazione francese, rispettandone usanze e credenze).

²⁸ La *Royal Proclamation* disciplinava anche lo *status* di altre tre colonie acquisite con il Trattato di Parigi: West Florida, East Florida, Grenada.

Le *Royal Instructions* dirette al primo governatore della nuova Colonia, generale Murray, precisavano che il potere legislativo sarebbe spettato al Governatore assieme al Consiglio legislativo e all'Assemblea – una volta che quest'ultima fosse stata effettivamente istituita – mentre nel frattempo il Governatore, assistito dal Consiglio esecutivo, avrebbe potuto prescrivere solamente quelle regole che sembrassero necessarie per assicurare la pace, il buon ordine ed il buon governo della Colonia²⁹. Peraltro, la previsione di un giuramento che comportava l'abiura dal cattolicesimo come condizione per l'assunzione di uffici pubblici rendeva impraticabile l'effettiva convocazione di tale Assemblea, dato che la stragrande maggioranza della popolazione della nuova colonia era francese e cattolica.

4.3. (segue) Il Québec Act del 1774

Le istituzioni rappresentative non vennero previste neppure dal *Quebec Act 1774*³⁰, con il quale la disciplina adottata dal monarca britannico nell'esercizio della regia prerogativa venne sostituita con una legge del Parlamento di Londra. Si trattava del primo della lunga serie di interventi parlamentari britannici volti a regolare le istituzioni politiche canadesi, che venne adottato in un contesto già segnato dalla crisi dei rapporti fra l'Impero e le tredici colonie della Costa orientale poi sfociato nella guerra di indipendenza statunitense.

L'art. 12 del *Quebec Act* dichiarava infatti inopportuna in quel momento la creazione, nella colonia francofona, di una Assemblea elettiva, che esisteva invece nelle colonie inglesi dell'America settentrionale ancora dipendenti dalla Gran Bretagna. La giustificazione di questo diverso trattamento rispetto alla Nova Scotia (ove, come si è visto *supra* nel par. 3, un'Assemblea rappresentativa era stata istituita sin dal 1758) poteva essere rinvenuta nel fatto che la *common law* prevedeva una distinzione fra colonie di popolamento (*settled colonies*, aventi diritto ad eleggere un loro organo rappresentativo, diritto che ogni inglese libero «portava con

²⁹ In questo senso cfr. H. BRUN, *La formation des institutions parlementaires québécoises 1791-1838*, Québec 1970, 6.

³⁰ Il titolo completo della legge era *An Act for making more effectual provision for the government of the Province of Québec in North America*, 14 Geo III, ch. 83, cui furono affiancate una *commission* e delle *Royal Instructions* al Governatore Carleton. Cfr. il testo dell'*Act* in A.B. KEITH, *Selected Speeches and Documents on British Colonial Policy*, vol. I, London 1918, 62. Per il dibattito storiografico vedi la sintesi critica di N. HEATBY, *The Quebec Act: Protest and Policy*, Scarborough-Ont. 1972.

sé» insediandosi in un territorio colonizzato³¹) e colonie conquistate (*conquered colonies*, cui tale diritto non era invece riconosciuto)³². In effetti, la presenza di una popolazione francese e francofona, maggioritaria nel territorio della colonia (popolazione che, peraltro, non richiedeva all'epoca un'Assemblea elettiva, ma solo il rispetto del proprio diritto civile e delle proprie tradizioni religiose), sconsigliava di introdurre istituzioni rappresentative, anche per i dubbi del governo di Londra sulla lealtà dei nuovi sudditi della Corona britannica. Nonostante le richieste di una Assemblea legislativa provenienti dai piccoli gruppi di mercanti inglesi e scozzesi di Montréal (i quali avrebbero peraltro preferito precludere ai cattolici francesi la partecipazione alla sua elezione), il governo imperiale aveva ritenuto che i nuovi sudditi francofoni di Sua Maestà non fossero politicamente pronti a servirsi delle istituzioni modellate sull'esperienza inglese; e che un'Assemblea eletta senza la loro partecipazione sarebbe stata meno rappresentativa di un Consiglio esecutivo di derivazione monarchica³³.

Del resto, il governo britannico ed il governatore Carleton avevano individuato nella Chiesa cattolica del Québec e nei signori feudali locali gli alleati per garantire alla Gran Bretagna la lealtà del Canada nel conflitto che si stava sviluppando con le colonie inglesi e protestanti site a sud del Canada³⁴. Anche per questo motivo, il *Quebec Act* individuò per la Colonia confini molto ampi³⁵, ripristinò il sistema feudale francese e ga-

³¹ In questo senso cfr. ad es. R.W. LANGSTONE, *Responsible Government in Canada*, London-Toronto-Vancouver 1931, 5.

³² Per questa distinzione v., fra molti, A.B. KEITH, *Responsible Government in the Dominions*, II ed., vol. I, London 1928, 3-4 e F. CHEVRETTE, H. MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal 1982, 5-6. La distinzione era poi ulteriormente complicata dalla presenza di un *tertium genus* rappresentato dalle *penal colonies*, di cui erano esempio buona parte delle colonie australiane (a quest'ultimo proposito si v. R.D. LUMB, *The Constitutions of the Australian States*, V ed., St. Lucia 1991, 3 ss.). In relazione alle *conquered colonies*, il Monarca britannico disponeva di un «general power of legislation», ma solo fino a quando alla colonia non fosse stata attribuita una assemblea elettiva.

³³ In questo senso si esprimeva nel suo rapporto al *Cabinet* britannico nel 1772 il *Solicitor General* Alexander Wedderburn, citato da P. TOUSIGNANT, *Problématique pour une nouvelle approche de la Constitution de 1791*, in *Revue d'histoire de l'Amérique française*, 27:2 (1973), 181-234, a 186.

³⁴ W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, cit., 59 ss.

³⁵ Il territorio della *Nouvelle France* annesso dalla Gran Bretagna era stato ridotto con la *Royal Proclamation* del 1763 a una piccola area sulla riva sinistra del fiume San Lorenzo, ma il *Quebec Act* vi aveva incluso tutta la zona dei Grandi Laghi e la valle del Mississippi, con i monti Appalachi che svolgevano la funzione di confine con la Nuova Inghilterra. La frontiera fra i domini britannici del Nord America e gli Stati Uniti venne poi stabilita nel 1783 dal Trattato di pace che mise fine alla guerra di indipendenza americana: agli Stati Uniti vennero riconosciuti i territori a sud dei Grandi Laghi e quasi tutta la

ranti la libertà organizzativa della Chiesa cattolica (compreso il diritto di esigere le decime)³⁶, pur stabilendo altresì che il Governo di Sua Maestà avrebbe sostenuto la religione protestante e il relativo clero (art. 5). L'art. 14 del *Quebec Act* stabiliva inoltre che la Colonia era retta dal diritto penale inglese e dal diritto civile francese (nella variante del *coutume de Paris*³⁷).

L'art. 12 del *Quebec Act*, inoltre, affidava il potere legislativo ed amministrativo nella Colonia ad un Consiglio di Governo, composto da un minimo di 17 e da un massimo di 23 consiglieri, nominati dal Governatore fra le persone residenti nella Colonia. Il Consiglio di Governo sedeva a porte chiuse; dibatteva sia in inglese che in francese e le ordinanze da esso adottate erano redatte in entrambe le lingue³⁸. Aveva il potere di adottare ordinanze, ma gli era formalmente proibito di imporre nuove tasse³⁹, se non per costruire strade e per erigere edifici pubblici locali e per altre finalità locali. Le ordinanze, inoltre, dovevano essere sottoposte all'approvazione del Governo imperiale (art. 14).

Nonostante che il *Quebec Act* avesse soppresso l'obbligo di giuramento previsto dalla *Royal Proclamation* del 1763, nella sua prima composizione solo 7 dei 23 membri del Consiglio di Governo erano di religione cattolica⁴⁰, anche se la larga maggioranza della popolazione era francofona e cattolica⁴¹.

5. *Il Constitution Act del 1791*

Tuttavia, all'indomani della guerra di indipendenza americana (dalla quale erano nati gli Stati Uniti e aveva avuto origine l'embrione dell'at-

zona collocata sulla riva destra del fiume San Lorenzo, secondo linee simili alla frontiera attuale. Al riguardo v. ancora R. LACOUR-GAYET, *Histoire du Canada*, Paris 1966, 232.

³⁶ La storiografia franco-canadese ha in genere dato un giudizio positivo del *Québec Act*: così, ad es. R. LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien*, Montréal 1901, 380 affermava che «l'acte de Québec a été la première charte des droits et des libertés des canadiens français».

³⁷ W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, cit., 54 e 57.

³⁸ Cfr. J.G. BOURINOT, *Parliamentary Procedure and Practice, with an introductory account of the origin and growth of Parliamentary Institutions in the Dominion of Canada*, Montréal 1884, 12.

³⁹ H. BRUN, *La formation*, cit., 88.

⁴⁰ R. LACOUR-GAYET, *Histoire du Canada*, cit., 226.

⁴¹ Secondo R.W. LANGSTONE, *Responsible Government in Canada*, cit., si trattava di un sistema di «paternal despotism».

tuale Ontario, verso cui erano emigrati gruppi di *tories*, fedeli alla corona britannica, fuggiti dalle ex colonie divenute indipendenti), il Parlamento britannico decise di riorganizzare i territori dell'America settentrionale rimasti sotto il suo controllo, dotandoli di una struttura costituzionale stabile⁴², accogliendo così le numerose petizioni indirizzategli negli anni precedenti dagli abitanti inglesi di Montréal e di Québec City. Del resto, in base ai principi della *common law*, solo l'introduzione di una Assemblea rappresentativa avrebbe consentito una tassazione degli abitanti della Colonia idonea a sostenerne una ordinata amministrazione civile⁴³.

L'*Atto Costituzionale* del 1791⁴⁴ aveva due oggetti principali⁴⁵: da un lato la divisione del territorio che nel 1774 era stato incluso nella Colonia del Québec nelle colonie del Basso e dell'Alto Canada; dall'altro l'introduzione nelle due Colonie di organi rappresentativi. Esso aveva natura costituzionale sia quanto alle finalità con esso perseguite (riprodurre – in tutto o in parte – la Costituzione inglese, come si vedrà *infra*), sia riguardo ad alcune soluzioni in essa previste, soprattutto per la forma della rappresentanza. Tuttavia, il linguaggio del *Constitutional Act* (assai prolisso ed arcaico) e la tecnica di normazione in esso utilizzata (del tutto priva di qualsivoglia intento di creare una codificazione o una serie di norme di *higher law*) lo collocavano più in continuità con i precedenti documenti coloniali che con le coeve costituzioni scritte elaborate in Francia e in America del Nord.

5.1. Monarchia e rappresentanza

L'*Atto costituzionale* istituì due Assemblee rappresentative, una per ciascuna delle due Colonie (art. 13 e 14): quella dell'Alto Canada doveva essere composta da non meno di 16 e quella del Basso Canada da non meno di 50 deputati (art. 17)⁴⁶. Le due Assemblee erano configurate come

⁴² Secondo J. HARE, *Aux origines du Parlementarisme québécois 1791-1793*, Sillery-Qc 1993, 15: «par l'Acte constitutionnel de 1791, le gouvernement britannique veut mettre en place un système d'administration stable au Québec». Sul dibattito che accompagnò l'*Act* e sugli interessi con cui esso dovette misurarsi cfr. il volume appena citato e P. TOUSIGNANT, *Problematiche*, cit.,

⁴³ H. BRUN, *La formation*, cit., 87-89.

⁴⁴ 31 Geo III ch. 31.

⁴⁵ T. CHAPPAIS, *Cours d'histoire du Canada*, II – 1791-1814, Montréal 1919, 14, ne aggiunge un terzo, vale a dire il mantenimento di tutte le garanzie accordate dal *Quebec Act* alla popolazione franco-canadese, almeno nella provincia del Basso Canada, vale a dire la libertà di praticare la religione cattolica e la preservazione del diritto civile francese.

⁴⁶ Il numero dei componenti dell'Assemblea legislativa fu poi aumentato a 84 nel 1830 (10-11 Geo IV Ch. 50).

organi rappresentativi permanenti ed erano elette a suffragio diretto⁴⁷ – anche se non universale – dalla popolazione delle due nascenti colonie. Il suffragio previsto per le due Assemblee era molto ampio: il *Constitution Act* riconosceva infatti il diritto di voto ad ogni capo-famiglia⁴⁸ (incluse le donne che si trovassero in tale condizione), il che corrispondeva ad un suffragio universale dei capi-famiglia⁴⁹; si trattava pertanto di una *franchise* assai più estesa di quella dell’Inghilterra di fine settecento⁵⁰.

Ognuna delle due Assemblee aveva una durata massima di quattro anni e il Governatore aveva il potere di convocarla (essendo obbligato a farlo almeno una volta all’anno), prorogarne le sessioni (art. 26) e scioglierla anticipatamente (art. 27)⁵¹. Il *Constitution Act* prevedeva pochissime regole sul funzionamento delle Assemblee, limitandosi a stabilire che esse avrebbero deliberato a maggioranza e che in caso di parità sarebbe stato decisivo il voto del loro Presidente, che esse avevano il privilegio di eleggere (art. 28).

A ciascuna delle due Assemblee era affiancato un Consiglio Legislativo, composto da un minimo di 7 consiglieri nell’*Upper Canada* e da un minimo di 15 nel *Lower Canada*, nominati a vita dalla Corona (art. 3). Il *Constitution Act* riconosceva al Governatore la facoltà di abbinare alla nomina la trasmissione per via ereditaria del diritto di sedere nel Consiglio legislativo (art. 6), con la finalità di configurarlo come una Camera aristocratica, ma tale facoltà non venne mai utilizzata in concreto⁵². I *Legislative Councils* dell’*Upper* e del *Lower Canada* erano dunque ben distinti dai rispettivi *Executive Councils* (i cui componenti erano nominati

⁴⁷ L’importanza di queste due scelte può essere sottovalutata solo se non si considera il contesto dell’epoca in cui il *Constitution Act* fu elaborato. Si consideri che entrambe le questioni furono oggetto di un articolato dibattito nella quasi coeva Assemblea nazionale costituente francese che elaborò la Costituzione del 3 settembre 1791 e la seconda fu risolta da tale documento costituzionale in favore del modello delle elezioni popolari indirette (si v. il cap. I del titolo III), che avrebbe avuto notevole fortuna per buona parte del XIX secolo nelle Repubbliche latino-americane.

⁴⁸ Nelle campagne era sufficiente una proprietà del valore di 40 scellini, nelle città una proprietà di 5 sterline o il pagamento di un affitto di 10 sterline (art. 20).

⁴⁹ Questa è l’opinione di H. BRUN, *La formation*, cit., 91, il quale nota inoltre che «l’éligibilité n’ajoutait aucune condition à celle requise pour voter». Ciò ne avrebbe fatto un’assemblea «vraiment représentative» (95).

⁵⁰ Secondo R. MONTGOMERY MARTIN, *History of Upper and Lower Canada*, cit., 277 «among the half million of people, there were at least 80.000 electors».

⁵¹ Queste disposizioni, secondo H. BRUN, *La formation*, cit., 97, facevano sì che «la vie de l’Assemblée reposait aussi entre les mains du gouverneur».

⁵² A.R. HASSARD, *Canadian Constitutional History and Law*, Toronto 1900, 40.

dal governo imperiale⁵³) – a differenza di quanto era accaduto prima del 1776 nelle Colonie poi confluite negli Stati Uniti, oltre che in Nova Scotia, Prince Edward Island e New Brunswick – e rappresentavano quindi «the first Upper House in British colonial history»⁵⁴. Le due Camere di ciascuna Colonia dividevano la funzione legislativa con il Governatore.

Il potere esecutivo restava affidato al Monarca britannico, che lo esercitava mediante un Governatore da lui nominato e responsabile solo davanti a lui stesso⁵⁵ e mediante un *Executive Council*.

L'Atto costituzionale non istituiva l'ufficio del Governatore, ma lo dava per presupposto, limitandosi a regolare le funzioni ad esso riconosciute, alcune delle quali erano ulteriori rispetto a quelle esecutive: oltre ai poteri di convocazione, proroga e scioglimento dell'Assemblea e alla nomina del Consiglio legislativo, gli spettavano, infatti, incisivi poteri nell'ambito del procedimento legislativo, cui il Governatore partecipava mediante il *Royal Assent* (concorrendo così a formare la legge assieme all'Assemblea ed al Consiglio legislativo). Inoltre al Governatore erano attribuiti poteri posti a garanzia dell'Impero di cui il Canada era una Colonia: egli poteva «riservare» un disegno di legge approvato dalle due Camere alla considerazione di Sua Maestà, nel qual caso tale disegno di legge non sarebbe entrato in vigore fino a quando non avesse ottenuto il consenso del Monarca (art. 30) ed era tenuto a trasmettere copia di ogni legge al Segretario di Stato dell'Impero per le Colonie, il quale in nome del Monarca avrebbe potuto disporre l'annullamento (*disallowance*) entro due anni dalla trasmissione della legge stessa al Governo imperiale (art. 31).

Neppure l'*Executive Council* era compiutamente regolato dal *Constitution Act*, che lo presupponeva e vi fa ceva cenno nell'art. 38, ove si menzionava tale Consiglio Esecutivo «as shall have been appointed by his Majesty, his heirs or successors». Tale Consiglio doveva assistere il Governatore nell'adozione di alcuni atti. Nessuna disposizione accenna-

⁵³ Il Governatore poteva solamente indicare una terna di nomi per ciascun posto da coprire: H. BRUN, *La formation*, cit., 30.

⁵⁴ R.A. MACKAY, *The Unreformed Senate of Canada*, cit., 12-13.

⁵⁵ G. BARNETT SMITH, *History of the English Parliament*, vol. II, London 1892, 333. Va sottolineata la complessità di questa figura: era previsto un Governatore Generale, avente sede a Québec, con l'incarico di governare direttamente il *Lower Canada*, ma con una autorità gerarchicamente sovraordinata a quella dei *Lieutenant Governors* risidenti nelle altre Colonie, che pure erano autonomi nell'esercizio dell'autorità monarchica nelle province loro affidate.

va, neppur sommariamente, ad una responsabilità dell'*Executive Council*, o dei suoi singoli componenti, davanti agli organi del potere legislativo, e in particolare davanti all'Assemblea legislativa: del resto, il concetto di responsabilità ministeriale (almeno nel senso della responsabilità politica) non era stato ancora elaborato compiutamente né nella tradizione costituzionale inglese né in quella francese.

In uno studio molto accurato, Henri Brun ha sottolineato che i poteri conferiti al Governatore Generale dal *Constitution Act*, pur molto significativi, regolavano solo una parte – quella resa pubblica nella Colonia – della sua posizione costituzionale⁵⁶. Le sue facoltà di scelta erano infatti sensibilmente ristrette dalla *commission*, con cui era nominato, e dalle *Royal Instructions* che gli venivano indirizzate dal *Colonial Secretary* all'inizio del suo mandato, e che venivano poi periodicamente aggiornate. Pertanto, se esso era configurato come un organo forte ed autorevole nei rapporti con l'Assemblea legislativa e con l'opinione pubblica locale, nelle sue relazioni con la madrepatria il Governatore era in una posizione rigorosamente subordinata: si trattava di un mero funzionario del governo imperiale e dunque dell'agente delle politiche imperiali, non del mero «elemento monarchico rappresentante della sola persona del Re inglese»⁵⁷.

5.2. Imitazione o «ombra» della Costituzione inglese?

Il nuovo documento costituzionale si ispirava deliberatamente alla Costituzione inglese. Illustrando al Governatore Dorchester il progetto che sarebbe poi divenuto il *Constitution Act*, Lord Grenville, Segretario di Stato per le Colonie del governo imperiale, aveva scritto il 20 ottobre 1789:

«questo progetto ha come obiettivo di dare a questa provincia una Costituzione analoga a quella dell'Inghilterra, per quanto lo permettano le differenze risultanti dai costumi del popolo e dalla situazione provinciale attuale. Nel farlo, bisognerà accuratamente tenere conto dei pregiudizi e dei costumi degli abitanti francesi, che costituiscono una parte così rilevante della popolazione e vegliare con la stessa cura a che siano loro preservati il godimento dei diritti civili e religiosi loro garantiti dalle capitolazioni della provincia»⁵⁸.

⁵⁶ H. BRUN, *La formation*, cit., 30 ss.

⁵⁷ H. BRUN, *La formation*, cit., 38-39.

⁵⁸ Rapporto del Senato, 1939, annesso IV, 12, cit. da B. BISSONNETTE, *Essai sur la Constitution du Canada*, Montréal 1963, 25.

In effetti, il *Constitution Act* intendeva riprodurre la natura di Costituzione mista allora ritenuta propria dell'ordinamento costituzionale non scritto del Regno Unito⁵⁹, con la fusione di elementi monarchici (il Governatore, dietro il quale stava il governo imperiale, che ne indirizzava l'azione mediante le *Royal Instructions*, redatte dal *Colonial Secretary* di Londra), aristocratici (il *Legislative Council*) e democratici (l'Assemblea): il concorso di ciascuno di questi tre elementi era necessario per l'esercizio della funzione legislativa, mentre ognuno, singolarmente considerato, svolgeva un ruolo distinto. Nell'interpretazione a quel tempo più accreditata – risalente a Blackstone⁶⁰ o a De Lolme⁶¹ – ciascuno di questi organi (nel caso britannico: Re, Camera dei *Lords*, Camera dei Comuni) operava come freno o come contrappeso rispetto all'altro e ciò produceva un effetto di moderazione rispetto ai rischi di arbitrio di ciascuno di essi, considerato da solo. La Costituzione poteva funzionare in modo armonico solo mediante la collaborazione fra i tre organi ora citati, che costituivano, nel loro complesso, «the King in Parliament».

Tuttavia, il *Constitution Act 1791* vedeva la luce all'indomani del definitivo fallimento (almeno dal punto di vista imperiale) del primo trapianto oltreoceano delle istituzioni britanniche, quello realizzato nelle colonie proclamate indipendenti nel 1776: di queste ultime la classe dirigente britannica criticava sia gli eccessi democratici, sia l'impossibilità di armonizzare esecutivo e legislativo, interessi imperiali e locali, che aveva condotto alla guerra di indipendenza americana.

Anche alla luce di questo dato, gli autori del *Constitution Act* – spe-

⁵⁹ Secondo R.W. LANGSTONE, *Responsible Government in Canada*, cit., 9, il trapianto della Costituzione britannica (ivi compreso il suo elemento aristocratico) era finalizzato a controbilanciare l'elemento democratico, in quanto William Pitt il giovane – Primo Ministro britannico al momento del *Constitution Act* – era convinto che la prevalenza di questo elemento nel funzionamento pratico delle istituzioni delle tredici ex colonie divenute indipendenti nel 1783 fosse all'origine della loro ribellione. Secondo A. BRADY, *Democracy in the Dominions*, cit., 5, il *Constitution Act* rifletteva la scelta politica di «assimilate the representative colonial legislatures to that of Westminster, while maintaining through the executive strict imperial control».

⁶⁰ Secondo W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* (1765-69), ed. 1797, 154-155, «all the parts of [the Constitution] form a mutual check upon each other. In the legislature, the people are a check upon the nobility and the nobility a check upon the people ... while the King is a check upon both, which preserves the executive power from encroachments. And this very executive power is again checked and kept within due bounds by the two Houses. Thus, every branch of our civil polity supports and is supported, regulates and is regulated, by the rest».

⁶¹ J.L. DE LOLME, *The Constitution of England* (1777), new ed., London 1816.

cialmente il Primo Ministro William Pitt il giovane⁶² e il *Colonial Secretary* William Grenville – ritenevano che il successo del modello costituzionale britannico nel Nord America fosse affidato soprattutto alla Camera alta ereditaria, che doveva svolgere un ruolo corrispondente a quello allora svolto a Londra dalla *House of Lords*⁶³. Questa opinione era stata criticata, durante i lavori preparatori del *Constitution Act*, da Charles James Fox, leader dell'opposizione nella Camera dei Comuni di Londra, il quale si era invece espresso in favore di una Camera alta da eleggersi sulla base di elevati requisiti censitari, nella convinzione che l'elemento aristocratico della Costituzione britannica fosse replicabile nelle Colonie solo sulla base della proprietà, non della discendenza⁶⁴.

Nel complesso, comunque, l'architettura costituzionale delineata nel *Constitution Act 1791* introduceva in Canada ordinamenti rappresentativi che avrebbero potuto consentire un'evoluzione verso il regime parlamentare, ma che non la imponevano⁶⁵, in un contesto in cui non era chiaro il ruolo dei vari poteri né quale equilibrio si sarebbe potuto stabilire fra di essi. Fra l'altro il *Constitution Act* accennava all'esistenza di un *Executive Council* di cui il Governatore avrebbe potuto avvalersi, ma non lo delineava come un organo distinto dal Governatore, né prevedeva

⁶² ... circa il quale si è detto che il *Constitution Act 1791* sarebbe stato «one of the noblest of his achievements»: così J.R. GREEN, *A Short History of the English People*, III ed., (rivista da A. Stopford Green), London 1936, 802. Sulle posizioni di Pitt, Grenville e Simcoe circa la corrispondenza del *Constitution Act* alla Costituzione inglese, si v. H. BRUN, *La formation*, cit., 99.

⁶³ I.R. CHRISTIE, *Wars and Revolutions. Britain 1760-1815*, London 1982, 190. Tuttavia la disposizione che consentiva di rendere ereditario il titolo dei membri del Consiglio legislativo «non fu messa in pratica in un Paese che non possedeva una tradizione feudale» (G.M. TREVELYAN, *Storia dell'Inghilterra nel secolo XIX*, Torino 1945, ristampa 1971, 69).

⁶⁴ Su questo dibattito v. J.M. WARD, *Colonial self-Government. The British Experience 1759-1856*, Toronto 1976, 16-17.

⁶⁵ A.R. HASSARD, *Canadian Constitutional History*, 47, sottolinea la distanza della Costituzione del 1791 dal *responsible government*: «they had the form of representative government without the reality». Anche G.M. TREVELYAN, *Storia dell'Inghilterra*, cit., 68, ritiene che le istituzioni create con il *Constitution Act* – di cui dà un giudizio molto positivo – fossero simili al Parlamento inglese dei tempi dei Tudor o dei primi Stuart e osserva: «quelle assemblee rappresentative avevano la facoltà di dare il loro parere al governatore, di votare le tasse e di approvare le leggi», ma non potevano scegliere o rimuovere l'esecutivo.

H. BRUN, *La formation*, cit., 99, osserva inoltre che «rien du régime parlementaire n'était donné par la constitution de 1791, si ce n'est son aspect purement statique, c'est-à-dire l'existence d'une pluralité d'organes législatifs. Tout était à construire» e sottolinea l'assenza di «tecniche reciproche di contatto» fra i poteri, che consentissero un'evoluzione collaborativa dell'assetto costituzionale.

che questi dovesse agire solo sulla base di proposte formulate dai membri dell'*Executive Council*: pertanto non solo il Governatore era politicamente irresponsabile come il monarca inglese, ma neppure i suoi «ministri» (a differenza di quelli britannici) potevano essere chiamati a rispondere davanti all'Assemblea.

Del resto un velo di incertezza regnava all'epoca sullo stesso oggetto da imitare – la Costituzione inglese, nella quale, secondo alcuni, il principio della responsabilità ministeriale non si era ancora consolidato⁶⁶ – oltre che sulla fedeltà dell'imitazione tentata dal *Constitution Act 1791*⁶⁷: restava infatti controverso quanto quest'ultimo si fosse effettivamente ispirato alla Costituzione inglese (e, in fondo, a quale immagine della Costituzione inglese), riproducendola a livello locale⁶⁸: così se il *leader Whig* Charles James Fox aveva sostenuto, nel dibattito parlamentare sull'approvazione del *Constitution Act* da parte del Parlamento imperiale, che con esso si sarebbe concesso agli abitanti delle Colonie «something like the shadow of the English constitution but denied them of the substance», la lotta politica successiva, soprattutto nel Basso Canada, avrebbe visto contrapposti coloro – i franco-canadesi, come ad es. Pierre Bédard durante la crisi del 1808-1811⁶⁹ – che rivendicavano per la Colonia e per la sua Assemblea legislativa la stessa posizione e i medesimi privilegi riconosciuti dalla Costituzione inglese alla Camera dei Comuni di Londra⁷⁰, a

⁶⁶ Secondo G.B. ADAMS, *Constitutional History of England*, VI ed., London 1935, 412, «the debate on the bill shows conclusively that the desire was to give to Canada the same kind of government which England had, and there can be no question that this was honestly intended. And yet no responsible ministry was granted, nor even proposed (...). Neither Blackstone in his Commentaries, nor De Lolme in his account of the English government for French readers, both writing after the middle of the century, takes any notice of the cabinet system».

⁶⁷ Sul canovaccio costituzionale britannico si innestavano del resto le peculiarità derivanti dal rapporto coloniale, ben evidenti nella nomina imperiale del Governatore e nei poteri di *reservation* e di *disallowance*.

⁶⁸ Secondo R.W. LANGSTONE, *Responsible Government in Canada*, cit., 27, il *Constitution Act* riproduceva la lettera ma non lo spirito della Costituzione inglese: il problema era far funzionare in armonia esecutivo e legislativo. Senza il *responsible government*, l'Assemblea era «ridotta al ruolo di un mero *debating club*».

⁶⁹ V. una ricostruzione di questa vicenda in G. GALLICHAN, *Pierre Bédard: le dévoir et la justice: 1 partie – La liberté du Parlement et de la presse*, in *Les Cahiers des dix*, 63 (2009), 101-160.

⁷⁰ Del resto sin dall'inizio l'Assemblea legislativa del Basso Canada rivendicò «tous les privilèges et libertés tels qu'ils sont usités dans les Communes de la Grande Bretagne, notre Mère Patrie», come ebbe ad esprimersi il primo Presidente, Antoine Panet, incontrando il Governatore (cit. da H. BRUN, *La formation*, cit., 102).

coloro – una parte della minoranza anglofona e alcuni Governatori della Colonia, come James Craig nella crisi appena citata – che negavano tale parallelismo⁷¹. Del resto, quello sulla interpretazione della Costituzione britannica e sulla definizione della misura in cui essa fosse stata trapiantata in Canada, è un conflitto che ha attraversato vari momenti delicati della storia politico-costituzionale canadese, almeno fino agli anni venti del XX secolo⁷².

Molto, in questo contesto, restava affidato alla prassi, alla quale sarebbe spettato definire l'effettivo equilibrio fra i vari organi, e in particolare sciogliere i nodi della responsabilità dell'esecutivo davanti all'Assemblea legislativa e del ruolo del Governatore. Si può dunque condividere l'opinione di Henri Brun, secondo il quale «la costituzione del 1791 non collocava il Québec al diapason dell'evoluzione costituzionale inglese. In Québec, la soluzione parlamentare ha dovuto essere riscoperta poco a poco, spesso laboriosamente, per la soluzione di un problema dello stesso genere, ma di specie differente»⁷³. L'Atto costituzionale «poneva soltanto le basi di uno sviluppo eventuale di un regime parlamentare»⁷⁴.

⁷¹ L. GROULX, *Histoire du Canada français depuis la découverte*, vol. II – *Le régime britannique*, Montréal 1960, 99-101, ritiene invece che il problema fosse la dialettica fra il testo del *Constitution Act* – che era stato definito sin dal 1789 – e il nuovo clima sopravvenuto dopo il 1791 a seguito degli effetti della Rivoluzione francese. Infatti, secondo questo autore (*ibidem*, 102-103), a seguito degli eventi rivoluzionari – dunque contemporaneamente all'entrata in vigore del *Constitution Act* – si aprì una fase di involuzione delle istituzioni politiche inglesi: «les constitutions octroyées aux provinces anglaises d'outre-mer entrent en opération à une époque de régression de la liberté dans le royaume, régression qui durera jusque vers 1830».

⁷² In effetti i conflitti politico-costituzionali di maggior rilievo nella storia canadese hanno avuto nell'evocazione della Costituzione britannica uno dei loro passaggi ricorrenti. Gli esempi potrebbero essere numerosissimi. Per non citarne che alcuni si pensi alla quinta delle 92 *Resolutions* (1834), alla crisi Metcalfe del 1843 (cfr. *infra* par. 7.3) e al discorso di Robert Baldwin all'apertura della legislatura del Canada unito nel novembre 1844 (citato da L.-P. TURCOTTE, *Le Canada sous l'Union 1841-1867*, Québec 1882, I partie, 172), al rapporto Durham, al Preambolo del *B.N.A. Act* (ove si esplicita l'intento di attribuire al *British North America* una costituzione simile, in principio, a quella del Regno Unito) e, dopo la federazione, alla questione del momento delle dimissioni del governo Mackenzie dopo la sconfitta elettorale del 1878, al dibattito fra Charles Tupper e Wilfried Laurier nel 1896, all'inizio della VIII legislatura federale (in quell'occasione, Tupper affermò che «we have a system of parliamentary government, carried out in precisely the same manner and to the same extent as it is in England»: House of Commons, *Debates*, 21.9.1896, 1626) circa i poteri di un governo dimissionario ed alla crisi costituzionale del 1926. In molti di questi casi, la somiglianza con la Costituzione britannica era evidenziata con finalità «normative», nel senso che si intendeva desumere da essa un criterio per la soluzione di un problema di politica pratica.

⁷³ H. BRUN, *La Constitution de 1791*, in *Recherches Sociographiques*, 1969, 44-45.

⁷⁴ H. BRUN, *La formation*, cit., 99-100.

Tuttavia gli elementi che rendevano improbabile tale sviluppo erano *ab initio* molto forti: si può forse condividere il giudizio di un autorevole storico canadese, il quale osservava che

«la Constitution avait à la fois trop donné et trop retenu. Entre l'Assemblée populaire et le Conseil exécutif, qui était indépendant d'elle, il n'y avait aucun corps libre pour adoucir les chocs, car la Chambre haute était dans la dépendance du pouvoir et à sa dévotion, ce qui en faisait un instrument de discorde plutôt que d'harmonie»⁷⁵.

In altre parole, l'Assemblea rappresentativa canadese era forse troppo «democratica» quanto al modo di elezione, sia rispetto ai tempi per cui fu prevista, sia per quanto era tollerabile in una Costituzione mista⁷⁶, mentre la Camera dei Comuni di Londra era all'epoca eletta secondo procedure assai complesse, ma configurate, nel loro insieme, in modo da riconoscere un notevole ruolo sia all'aristocrazia, sia alla monarchia: in quella che sarebbe stata poi definita la *Unreformed House of Commons*⁷⁷, molti deputati erano sì formalmente eletti, ma in realtà designati da influenti aristocratici, che a loro volta sedevano nella *House of Lords*⁷⁸; d'altro canto non era allora irrilevante il numero dei *members of Parliament* che erano alle dipendenze della Corona, con la conseguenza che il monarca ed i suoi ministri disponevano attraverso di essi di un canale di influenza sulle deliberazioni parlamentari⁷⁹.

⁷⁵ F.-X. GARNEAU, *Histoire du Canada*, VIII – *La question des subsides. La crise de 1827. Les Quatre-vingt-douze résolutions*, (ed. orig. 1859), VIII ed. aggiornata da H. Garneau, Éditions de l'Arbre 1945, 35.

⁷⁶ In effetti, il governatore Craig avrebbe in seguito proposto di introdurre condizioni di eleggibilità basate su un reddito annuale minimo e il progetto di Unione dei due Canada del 1822 individuava per l'eleggibilità dei requisiti più esigenti di proprietà fondiaria (H. BRUN, *La formation*, cit., 92).

⁷⁷ E. PORRITT, *The unreformed House of Commons. Parliamentary representation before 1832*, vol. I – *England and Wales*, Cambridge 1909.

⁷⁸ Secondo A. BRIGGS, *The Age of Improvement*, cit., 96, «Lords and Commons were constitutionally divided, but socially compact. In both Houses the aristocratic element predominated» e cita le parole con cui Pitt il vecchio definì la Camera dei Comuni come «a parcel of younger brother», evocando il fatto che, mentre i *peers* sedevano nella Camera alta, i loro fratelli minori o i loro figli erano eletti (grazie al controllo familiare di uno o più seggi) nella Camera dei Comuni. Nello stesso senso si v. anche L. GROULX, *Histoire*, cit., 102.

⁷⁹ Osserva incisivamente A. BRIGGS, *The Age of Improvement*, cit., 93: «as agents of the Executive, ministers always had to pay careful attention to the legislature. Had not the two elements in the mixed Constitution been glued together by patronage, the King's government could not have been carried on».

Il *Legislative Council*, dal canto suo, era privo di quella autorevolezza di cui godeva la *House of Lords* in virtù del peso sociale dell'aristocrazia britannica del XVIII e del XIX secolo: e nel Basso Canada la scelta di collocarvi solo esponenti del *parti anglais*, marginalizzando i membri più influenti della comunità francofona, lo indebolì ulteriormente⁸⁰, privandolo del suo ruolo moderatore⁸¹, mentre nell'Alto Canada fu la struttura sociale tendenzialmente egualitaria (così diversa da quella dell'Europa dell'ottocento) a delegittimare l'aspirante aristocrazia fondata dagli *United Empire Loyalists* dopo il 1791.

Il Monarca era separato da un Oceano dai suoi possedimenti canadesi e il suo rappresentante locale non aveva l'autonomia sufficiente per operare in direzione di quell'armonia fra i tre «branches» del Parlamento che la costituzione mista richiedeva. La Costituzione del 1791, pertanto, funzionò soltanto quando il governatore assunse un ruolo di potere moderatore e persuasore; quando egli cercò o accettò lo scontro con l'Assemblea, le regole contenute nell'*Act* di Pitt e Grenville si rivelarono inadatte a produrre una soluzione e a superare i blocchi.

6. Le lotte costituzionali nell'Upper e nel Lower Canada

Il *Constitution Act* del 1791 – che viene spesso considerato «la prima Costituzione canadese» – era dunque una Costituzione ottriata, e ciò almeno in due sensi diversi: da un lato un Sovrano concedeva unilateralmente istituzioni rappresentative ad un popolo, secondo lo schema monarchico-costituzionale che sarebbe stato più volte sperimentato nell'Europa del XIX secolo; d'altro canto, la Madrepatria concedeva, entro limiti da essa definiti, una Costituzione che garantiva alla Colonia una

⁸⁰ La denuncia di questo «uso» del *Legislative Council* come contrario alle intenzioni di Pitt si ritrova ad es. nell'intervento del deputato britannico di origini francesi Henry Labouchère nel dibattito del 2 maggio 1828 alla Camera dei Comuni (cit. da F.-X. GARNEAU, *Histoire du Canada*, VIII, cit., 116).

⁸¹ In effetti questo un ruolo moderatore venne svolto solo dall'unica aristocrazia socialmente legittimata di cui il Canada francese disponeva: il clero cattolico. Fu ad esso che il governo britannico fece ricorso per ottenere la lealtà dei sudditi francofoni in momenti di crisi come la guerra di indipendenza americana, le guerre napoleoniche e la guerra anglo-americana del 1812-14. Quando, invece, si appoggiò sul *parti anglais*, la monarchia britannica trovò dalla sua parte non una aristocrazia, ma una oligarchia non rispettata dalla maggioranza degli *habitants* e pertanto incapace di svolgere – anche attraverso il *Legislative Council* – quel ruolo moderatore di cui una Costituzione mista avrebbe avuto bisogno.

quota di autogoverno. Sia dalle modalità di concessione del *Constitution Act*, che dal suo contenuto, risultava un doppio dualismo⁸²: a quello fra monarchia e popolo (e fra sovranità tradizionale e sovranità popolare) si sovrapponeva il dualismo fra Madrepatria e Colonia⁸³. A questo doppio dualismo, ben percepibile sul piano costituzionale formale, si aggiungeva poi, nella colonia del *Lower Canada*, quello derivante dalla dialettica fra vecchi e nuovi abitanti della Colonia, fra francofoni e anglofoni⁸⁴. Ne risultava una pluralità di linee di conflitto (a quelle ora ricordate va aggiunto il conflitto sociale, fra signori feudali, mercanti e *habitants* e fra città e campagna, e quello religioso, fra cattolici e protestanti) che avrebbero reso non poco complessa la vita politica della Colonia.

Inizialmente, «la constitution du pays, avec ses rouages, était pour tous chose nouvelle, sinon inconnue»⁸⁵, ma la storia costituzionale delle due colonie fece registrare il radicamento di una tradizione parlamentare autoctona (sulla quale, ed in particolare su quella del Basso Canada, si sarebbero poi basate le istituzioni parlamentari introdotte a livello federale dal 1867 in poi) e di una cultura costituzionale ispirata alla tradizione inglese. Essa, tuttavia, dopo un primo quindicennio relativamente ordinato, fu segnata da continui conflitti fra le Assemblee da un lato e i governatori ed i Consigli legislativi ed esecutivi dall'altro⁸⁶: le autorità di governo, espressione della Madrepatria e di gruppi di potere locale ad essa leali, si contrapposero all'elemento «democratico» del sistema costituzionale disegnato nel *Constitution Act 1791*. Il conflitto culminò nelle ribellioni che nel 1837-38 si svilupparono in entrambe le Colonie e furono represses dall'esercito imperiale.

6.1. *Il Lower Canada*

La storia costituzionale del Basso Canada dal 1792 al 1837-38 è se-

⁸² Sul carattere dualistico dell'assetto costituzionale del 1791 v. H. BRUN, *La formation*, cit., 15.

⁸³ Secondo L. GROULX, *Histoire*, cit., 103, «le nouveau régime se présente hérissé d'aspects ou d'antagonismes apparemment irréconciliables: d'un côté un gouvernement colonial resté en étroite dépendance de la métropole; de l'autre des chambres démocratiques, un électorat plus évolués qu'en Angleterre, mais freinés par une oligarchie omnipotente».

⁸⁴ Noterà poi Lord Durham: «The struggle between the government and the Assembly, has aggravated the animosities of race; and the animosities of race have rendered the political difference irreconcilable» (*Report*, Craig ed., cit., 51).

⁸⁵ E.-F. SURVEYER, *Les élections de 1792*, in *Revue Trimestrelle Canadienne*, mars 1927, 10.

⁸⁶ Su questo dualismo v. gli interessanti rilievi di H. BRUN, *La formation*, cit., 15.

gnata da una doppia linea di conflitto, il cui intreccio finì per determinare il fallimento di questa esperienza costituzionale, ma anche per predisporre le basi per lo sviluppo costituzionale successivo.

La lotta politica era dominata da un conflitto nazionale o «razziale»⁸⁷ fra la maggioranza francese e la minoranza inglese⁸⁸, che era il residuo della condizione di *conquered colony* risalente al 1759 e che fu trasformato in conflitto fra le istituzioni previste dal *Constitution Act 1791*, riflettendosi nella dialettica fra l'Assemblea legislativa (dominata dalla maggioranza francese) da un lato ed il Governatore (nominato dal Governo britannico) e l'*Executive* ed il *Legislative Council*, nominati dalle autorità imperiali o dal Governatore stesso, dall'altro⁸⁹.

6.1.1. Il primo quindicennio

Le finalità perseguite da Pitt e Grenville nel 1791, vale a dire la creazione di una Costituzione mista di marca britannica, che potesse organizzare la convivenza fra la maggioranza francese e la minoranza inglese che vivevano nella Colonia, furono realizzate in maniera accettabile solo nei primi tre lustri successivi all'entrata in funzione dell'Assemblea.

Il governo britannico, che inizialmente si era preoccupato di garantire una rappresentanza di franco-canadesi nel Consiglio legislativo e nel Consiglio esecutivo, finì per utilizzare le nomine in questi organi (e soprattutto nel primo) come meri strumenti di *patronage*, marginalizzando la maggioranza francese.

Pertanto, mentre la piccola comunità di mercanti anglofoni di Montréal e di Québec aveva un peso sproporzionato nel Consiglio esecutivo

⁸⁷ Secondo W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, cit., 279, «two distinct races were living together in one province and... each was prepared to guard its privileges». «Political groupings (were) based on nationality». I termini *race* e *racial* venivano usati correntemente nel XIX secolo per distinguere francesi ed inglesi: si v. ad es. da un lato il Rapporto Durham e dall'altro le note di viaggio di Tocqueville, come lo scritto del 25.8.1831: «cette division entre les races est singulièrement favorable à la domination de l'Angleterre» (in A. de TOCQUEVILLE, *Regards sur le Bas Canada. – Choix de textes 1808-1859*, Montréal 2003, 157).

⁸⁸ Nel 1791 la popolazione del Basso Canada era di 146.000 abitanti, a fronte dei 10.000 dell'Alto Canada, mentre nel 1840 tali dati erano, rispettivamente, 524.000 e 173.000 (così R. LACOUR-GAYET, *Histoire du Canada*, cit., 239 e 320-321).

⁸⁹ Ha notato S. RYERSON, *The Founding of Canada – Beginnings to 1815*, Toronto 1972, 229, che «parliamentary struggles raised issues involving national rights. Attacks upon the latter soon led to encroachments on the rights of the elected representatives. Democratic and national struggles become one».

e nel Consiglio legislativo⁹⁰, la maggioranza francofona imparò rapidamente ad utilizzare l'Assemblea rappresentativa come strumento per l'espressione dei suoi interessi. Solo all'inizio degli anni trenta un numero cospicuo di *canadiens* fu inserito nuovamente nel *Legislative Council*, ma pur sempre in posizione minoritaria⁹¹.

La prima Assemblea legislativa, eletta nel giugno 1792⁹², risultava composta da 34 deputati francofoni e da 16 anglofoni. Essa si riunì per la prima volta il 17 dicembre di quell'anno⁹³ e, dopo il giuramento dei deputati, elesse il suo primo Presidente (*Speaker* o *Orateur*). L'elezione vide contrapposti un candidato francofono ed uno anglofono e fu l'occasione per la prima emersione del dualismo etnico-culturale, in quanto i deputati della minoranza inglese sostenevano la necessità dell'elezione di un candidato uscito dai loro ranghi (William Grant) con l'argomento che questi era capace di parlare entrambe le lingue della Colonia e che la conoscenza dell'inglese – lingua ufficiale dell'Impero – era un requisito che lo *Speaker* avrebbe dovuto possedere, mentre il candidato della maggioranza francofona non dominava l'inglese. La maggioranza francofona ritenne tuttavia necessaria l'elezione di uno dei suoi membri e in effetti Jean-Antoine Panet, avvocato di Québec, venne eletto con 28 voti contro 18⁹⁴.

Dopo aver ascoltato il discorso della Corona, la Camera adottò

⁹⁰ Il primo Consiglio legislativo – nominato nel 1792 – era composto di 7 franco-canadesi e 9 anglo-canadesi, mentre il primo Consiglio esecutivo era composto di 4 franco-canadesi e 5 anglo-canadesi (T. CHAPPAIS, *Cours*, II, cit., 46).

⁹¹ F.-X. GARNEAU, *Histoire du Canada*, VIII, cit., 165-166.

⁹² Sulle prime elezioni tenutesi nel Basso Canada si v. E.-F. SURVEYER, *Les élections de 1792*, cit., 11, da cui si apprende che il voto era palese, che fino al 1800 esisteva una sezione elettorale per contea, che solo alcuni seggi erano effettivamente contesi da una pluralità di candidati (6), anche perché (14) i parlamentari non erano retribuiti: il primo a richiedere una indennità fu Joseph Papineau; essa venne effettivamente introdotta nel 1835, con 5 Will IV Ch 6; nell'Alto Canada era stata introdotta già nel 1803, mentre in Gran Bretagna una misura analoga sarebbe stata adottata solo nel 1911.

⁹³ Si può osservare che si tratta della prima assemblea legislativa eletta con voto popolare e diretto (anche se non a suffragio universale) da un popolo di lingua francese, considerato che l'Assemblea legislativa eletta in Francia nel 1791 era il prodotto di una elezione di secondo grado: le assemblee primarie si riunirono nel giugno 1791 e quelle secondarie scelsero i deputati fra il 29 agosto ed il 5 settembre successivo, mentre l'Assemblea legislativa si riunì per la prima volta il 1° ottobre: cfr. L. VILLAT, *La Révolution et l'Empire (1789-1815)*, I – *Les Assemblées Révolutionnaires (1789-1799)*, Paris 1936, 124.

Dopo quelle del 1792, si svolsero altre quattordici elezioni generali, rispettivamente nel 1796, 1800, 1804, 1808, 1809, 1810, 1814, 1816, 1820 (febbraio), 1820 (luglio), 1824, 1826, 1830 e 1834.

⁹⁴ Per una sintesi del dibattito si v. T. CHAPPAIS, *Cours*, II, 48-54.

quindi un proprio regolamento, ispirato a quello della Camera dei Comuni britannica⁹⁵ e stabilì che il proprio processo verbale sarebbe stato redatto sia in francese che in inglese. Essa iniziò quindi a svolgere sia il ruolo di uno dei tre *branches* del potere legislativo (assieme alla Camera alta e alla Corona), sia quello di rappresentante della collettività che l'aveva eletta⁹⁶.

Il grado di conflittualità delle prime quattro legislature (quelle risultanti dalle elezioni del 1792, 1796, 1800 e 1804) fu relativamente limitato, anche se non mancarono contrapposizioni riconducibili al dualismo culturale che segnava la Colonia. Fra le principali fonti di conflitto si devono segnalare la legislazione fiscale (l'opzione per imposte doganali in luogo di quelle sulla terra favoriva l'elemento agricolo rispetto a quello commerciale, dietro i quali si celavano, rispettivamente, i gruppi dominanti franco-canadesi e anglo-canadesi), nonché la questione dell'istruzione pubblica (e della destinazione dei beni già appartenenti ai Gesuiti) e la legge sulla milizia. Ma nessuno di questi temi acquisì uno spessore costituzionale nel primo ventennio di vita parlamentare⁹⁷.

Nella vita politica coloniale vennero delineandosi da un lato un *parti canadien* o *parti français* e dall'altro un *parti anglais* o *parti du gouverneur*⁹⁸ e dalla prevalenza del primo sul secondo all'interno dell'Assemblea si poteva constatare che «la majorité ethnique devenait majorité parlementaire»⁹⁹. Ma fu solo dopo la controversia sulla legislazione fiscale del 1805 che i due partiti si cristallizzarono, riflettendosi altresì in due organi di stampa, quando, con la fondazione di *Le Canadien* il 23 novembre 1806 ebbe inizio una «guerre de plume»¹⁰⁰ fra tale periodico e il *Mercury*, nel quale si rifletteva l'opinione della minoranza anglofona, sempre più marcatamente *tory*: e si trattava di un conflitto che si svolgeva sul terreno dell'interpretazione del *Constitution Act* e della sua riconducibilità o meno allo spirito della Costituzione britannica, risultando fra loro contrapposte la maggioranza parlamentare e la prerogativa regia.

⁹⁵ T.-P. BÉDARD, *Histoire de cinquante ans (1791-1841). Annales parlementaires et politiques du Bas-Canada depuis la constitution jusqu'à l'Union*, Québec 1859, 4.

⁹⁶ Secondo R. MONTGOMERY MARTIN, *History*, cit., 278, nt., «the session of the Parliament of Lower Canada generally lasts three months, seldom more than four, and is held during the winter».

⁹⁷ Secondo T. CHAPPAIS, *Cours*, II, 93.

⁹⁸ H. BRUN, *La formation*, cit., 124.

⁹⁹ H. BRUN, *La formation*, cit., 127.

¹⁰⁰ T. CHAPPAIS, *Cours*, II, 182.

6.1.2. *Craig: la prima crisi costituzionale*

Su questa contrapposizione di partiti ormai strutturati, la nomina, nel 1807, di James Craig come Governatore Generale del Canada ebbe un effetto esasperante. Mentre l'Assemblea si rivelava sempre più cosciente del proprio ruolo e più determinata a proteggere il carattere nazionale dei canadesi francofoni, Craig adottò una politica violentemente anti-francese¹⁰¹, nella quale si riflettevano propositi assimilazionisti cui il governo britannico ed i suoi agenti in Canada non avevano mai del tutto rinunciato.

L'Assemblea, in particolare, cercò da un lato di far valere il proprio potere approvando leggi temporanee, che rendevano necessario un suo nuovo intervento alla loro scadenza e rivendicando il diritto a sottoporre ad *impeachment* i membri dell'*Executive Council* e altri funzionari della Corona; dall'altro si oppose alla presenza al suo interno di deputati che ricoprivano anche funzioni giurisdizionali. Proprio sull'incompatibilità fra funzioni legislative e giurisdizionali si svolse formalmente il conflitto fra l'Assemblea ed il Governatore Craig¹⁰². Quest'ultimo non esitò a sciogliere ripetutamente l'Assemblea¹⁰³ nel 1809 e nel 1810, nonostante che in entrambi i casi le elezioni precedenti fossero state celebrate solo un anno prima; fece sequestrare il giornale francofono *Le Canadien* – nel

¹⁰¹ R.W. LANGSTONE, *Responsible Government in Canada*, cit., 30.

¹⁰² E.-F. SURVEYER, *Les élections de 1792*, cit., 10 qualifica come *coup d'État* le scelte politiche del Governatore.

¹⁰³ Sotto Craig e sotto Dalhousie, lo scioglimento dell'Assemblea rappresentativa non era un modo per dare la parola alla «nazione», come sarebbe accaduto in Inghilterra dopo il 1831, ma non poteva neppure essere un semplice espediente procedurale attraverso cui produrre una Camera conforme alla volontà regia, facendo ricorso all'equivalente coloniale della *Royal Influence* che in Inghilterra, durante il XVII secolo e i primi tre decenni del XIX consentiva al monarca di ottenere una Camera dei Comuni docile alla volontà dell'esecutivo (si v. gli scioglimenti decisi da Giorgio III nel 1784 e nel 1807, circa i quali si v. T. ERSKINE MAY, *Histoire constitutionnelle d'Angleterre depuis l'avènement de George III*, Paris 1865, 78 ss. e 105 ss.; sulle circostanze che permettevano l'esercizio della *royal influence* si v. ivi, 317 ss.). Si è tentati di paragonare l'uso dello scioglimento anticipato dell'assemblea rappresentativa nei primi decenni della storia costituzionale del Basso Canada a quello sotto la Restaurazione in Francia, così descritto da J. VELU, *La dissolution du Parlement*, Bruxelles 1966, 270: «[la dissolution] n'était qu'une procédure d'information et de conseil: convaincu d'être bien servi par ses ministres, tandis que la Chambre estimait le contraire, le Roi pouvait vouloir consulter le corps électoral sur ce point capital. Le Roi considérait que, quel que fût le résultat des élections consécutives à la dissolution, il avait le droit soit de maintenir le gouvernement qui était en fonction, soit de former un nouveau gouvernement dont la composition était laissée à son entière discrétion».

quale si rivendicava una interpretazione del *Constitution Act* conforme all'esperienza inglese – e arrivò al punto da far arrestare illegalmente alcuni esponenti della maggioranza francese, fra cui il suo *leader* Pierre Bédard.

Di fronte alla resistenza dell'elettorato (che nelle elezioni dell'ottobre 1809 e del marzo 1810 confermò in larga misura la maggioranza parlamentare uscente) alla sua politica, Craig tentò infine di ottenere dal governo britannico la soppressione o almeno la riforma del *Constitution Act*¹⁰⁴. Ma il governo di Londra – che lo aveva invitato alla moderazione già dopo il primo scioglimento dell'Assemblea¹⁰⁵ – non accettò la proposta del governatore, anche alla luce della delicata situazione internazionale, che vedeva l'Inghilterra impegnata nella lotta contro Napoleone e frequentemente in tensione con gli Stati Uniti. Già nel 1811, pertanto, James Craig fu costretto ad assumere verso l'Assemblea un tono più conciliante, a promulgare una legge che stabiliva l'incompatibilità fra le cariche di deputato e di giudice e alla fine a far liberare Bédard. Lo stesso anno la sua partenza per Londra per ragioni di salute pose le premesse per una sdrammatizzazione del conflitto costituzionale¹⁰⁶.

6.1.3. Il conflitto sulla rimozione dei giudici

La guerra fra la Gran Bretagna e gli Stati Uniti dal 1812 al 1814 «interrompit pendant quelque temps les luttes des partis»¹⁰⁷ e vide i franco-canadesi compattamente schierati a fianco del governo britannico, ma tale periodo di pacificazione risultò effimero e la lotta fra l'Assemblea da un lato e il Governatore (e il *Legislative Council*) dall'altro riprese già nell'VIII legislatura.

Il conflitto ebbe al centro il ruolo svolto da alcuni giudici superiori, in particolare il *Chief Justice* Sewell, che era anche membro del Consiglio legislativo e di cui l'Assemblea dispose l'*impeachment* nel 1814 (assieme al giudice Monk di Montréal), trovando l'opposizione sia del *Legislative Council* che del Governatore¹⁰⁸, e vedendo rigettate le proprie richieste

¹⁰⁴ Le riforme proposte includevano l'innalzamento dei requisiti di censo per il suffragio e l'unificazione delle Colonie del Basso e dell'Alto Canada.

¹⁰⁵ T. CHAPPAIS, *Cours*, II, cit., 198.

¹⁰⁶ Parallelamente si era altresì svolto un duro confronto fra il Governatore Craig e il vescovo di Québec du Plessis circa l'autonomia organizzativa della Chiesa cattolica locale: al riguardo si v. la sintesi di T. CHAPPAIS, *Cours*, II, 132 ss.

¹⁰⁷ R. LEMIEUX, *Les origines*, cit., 411.

¹⁰⁸ A.R. HASSARD, *Canadian constitutional history*, cit., 46-47. Nel 1817 l'Assemblea

dal *Privy Council* di Londra, con l'aggravante che quando l'Assemblea tentò di riaprire la questione, essa venne prorogata e sciolta nel 1816 dal Governatore George Drummond. Del resto il tentativo di ottenere la rimozione di funzionari governativi sarebbe in seguito stato spinto dall'Assemblea fino alla richiesta al governo imperiale di richiamare in Inghilterra lo stesso Governatore: ed in due occasioni le sue richieste furono effettivamente accolte¹⁰⁹.

Al di là delle specifiche controversie, fra l'Assemblea rappresentativa e il Governo imperiale (ed i suoi rappresentanti) vi era una netta divergenza di vedute circa l'interpretazione del *Constitution Act*. Secondo l'Assemblea, il Governatore avrebbe dovuto nominare un ministero responsabile davanti all'Assemblea e dunque politicamente omogeneo alla maggioranza di questa, riducendo il suo ruolo a quello equivalente ad un sovrano regnante ma non governante. Secondo il Governo imperiale (che pure andava affermando la sua autonomia rispetto al monarca all'interno dell'ordinamento della Madrepatria, anche grazie alla reggenza del decennio 1810-20), il Governatore era invece il capo effettivo dell'esecutivo coloniale, sotto le direttive impartitegli da Londra mediante *Royal Instructions*. Questa seconda concezione lasciava spazio a compromessi, che però erano per lo più rimessi allo stile politico dei Governatori di volta in volta in carica: quando esso era autocratico, con più o meno nascoste finalità assimilazioniste (come nel caso di Craig e di Dalhousie), non era ovviamente possibile alcuna mediazione, mentre nei periodi in cui esso era rispettoso del *fait canadien* (come nei casi di Prevost e di Sherbrooke¹¹⁰), i conflitti politici potevano essere moderati mediante accomodamenti ragionevoli.

6.1.4. Il voto parlamentare sulle leggi di spesa e la crisi Dalhousie

Dopo il 1818 le rivendicazioni costituzionali della maggioranza francofona assunsero un contenuto più radicale¹¹¹: in questo periodo, l'Assemblea legislativa trovò un *leader* di tendenze sempre più estreme in

mise poi in stato d'accusa il giudice Foucher e nel 1833 il giudice Kerr.

¹⁰⁹ H. BRUN, *La Constitution de 1791*, cit., 42, secondo il quale il governo imperiale richiamò i Governatori Dalhousie e Aylmer su richiesta dell'Assemblea.

¹¹⁰ Sulla concezione di Sherbrooke, si v. T. CHAPPAIS, *Cours d'histoire du Canada*, vol. III, 1814-1833, Montréal 1919, 52.

¹¹¹ Sulla radicalizzazione della maggioranza francofona dagli anni venti in poi v. R.W. LANGSTONE, *Responsible Government in Canada*, cit., 30.

Louis-Joseph Papineau, che ricoprì per quindici anni il ruolo di *Speaker*. Il tema costituzionale di rilievo centrale divenne allora quello della parlamentarizzazione delle decisioni sulla spesa¹¹², e in particolare il diritto di autorizzare di anno in anno tutte le spese e le entrate della Provincia, incluse quelle relative alla *civil list*¹¹³. L'Assemblea – ancora una volta invocando la Costituzione inglese – rivendicava il potere di controllare nel dettaglio il bilancio della Colonia (incontrando, su questa strada, la coriacea resistenza del *Legislative Council*)¹¹⁴.

Nel 1822 lo stallo nelle deliberazioni parlamentari sulla spesa, a causa del contrasto fra l'Assemblea e il *Legislative Council*, fu all'origine di un'ipotesi di fusione fra le Colonie dell'Alto e del Basso Canada che venne presa in considerazione – ma non condotta in porto – dal governo imperiale, anche in ragione della questione del riparto degli introiti doganali fra le due Colonie, che non trovava soluzione dal 1817¹¹⁵.

In seguito, fra il 1826 ed il 1827 lo scontro fra l'Assemblea legislativa e il Governatore generale Dalhousie riassunse i toni drammatici dei tempi di Craig: l'Assemblea, avendo rigettato il bilancio, venne sciolta dal Governatore, ma le elezioni produssero un'Assemblea nella quale i radicali risultarono rafforzati e Papineau venne rieletto come *Speaker*. Quando il governatore chiese all'Assemblea di scegliere un altro *Speaker*, questa si rifiutò e venne prorogata dal Governatore, che sperava, a quel punto, di ottenere una riforma restrittiva del *Constitution Act* o, in alternativa, la fusione tra le due Colonie dell'Alto e del Basso Canada, al fine di ridimensionare la forza numerica del *parti français*.

I deputati francofoni organizzarono allora un movimento di protesta e indirizzarono alcune petizioni al Parlamento di Londra, esponendo le loro ragioni. La Camera dei Comuni britannica esaminò le questioni del Basso Canada mediante una Commissione di inchiesta nominata nel

¹¹² R.W. LANGSTONE, *Responsible Government in Canada*, cit., 33 cita la risoluzione approvata nel febbraio 1810 dall'Assemblea legislativa ed osserva: «the representatives were slowly beginning to realize the power of the purse, and hoped, by it, to control the Executive».

¹¹³ Su questa vicenda, v. W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, cit., 100 ss. e D. CREIGHTON, *The Struggle for Financial Control in Lower Canada, 1818-1831*, in *Canadian Historical Review*, 12:2 (1931), ora in AA.VV., *Constitutionalism and Nationalism in Lower Canada*, Toronto 1969, 33 ss.

¹¹⁴ Su questa crisi, che attraversò tutti gli anni venti e trenta (con alcuni periodi di tregua, fra il 1822 e il 1825 e dal 1828 al 1832), si v. F.-X. GARNEAU, *Histoire du Canada*, VIII, cit., 52-54.

¹¹⁵ Su questa vicenda si v. T. CHAPAIS, *Cours*, III, 109-144.

1828, la quale riconobbe la fondatezza di molte ragioni dei franco-canadesi e dell'Assemblea elettiva. Pertanto, il governo inglese – dopo varie esitazioni – rinunciò a percorrere la strada indicata da Dalhousie¹¹⁶ e lo sostituì, inviandolo a comandare le truppe britanniche in India.

All'inizio degli anni trenta, dopo il ritorno dei *Whigs* al governo dell'Inghilterra, il Parlamento imperiale accolse alcune richieste dell'Assemblea legislativa, riformando nel 1831 il *Constitution Act*, per ampliare gli spazi decisionali a disposizione dell'Assemblea in materia di spesa (si tratta del c.d. *Howick Act*, dal nome di William Howick, figlio del Primo Ministro Grey e futuro ministro liberale delle Colonie negli anni quaranta)¹¹⁷. Ma la lunga ed aspra contrapposizione con il *Legislative Council* ed i governatori aveva ormai radicalizzato l'Assemblea legislativa, la cui maggioranza rifiutò il compromesso offertole dal governatore Aylmer, con il quale le si chiedeva, in cambio del riconoscimento del diritto ad un controllo parlamentare completo e dettagliato sulle entrate e sulle spese, la concessione, per tutta la durata del regno di ciascun monarca, di una *civil list* di dimensioni ridotte che consentisse il funzionamento degli organi esecutivi e giudiziari¹¹⁸.

L'ostilità del *Legislative Council* alle posizioni dell'Assemblea – che inizialmente si era mossa in una logica monarchico-costituzionale, tentando più di incidere negativamente sull'Esecutivo di derivazione monarchico-coloniale che di determinarne in positivo la composizione e l'indirizzo politico – indusse i leaders di quest'ultima a chiedere alcune incisive riforme costituzionali per rendere elettiva la seconda Camera¹¹⁹. Più in generale, Papineau chiese nel 1833 la convocazione di una convenzione popolare per elaborare una riforma costituzionale in senso democratico¹²⁰.

6.1.5. Le «92 Resolutions»

Le rivendicazioni della maggioranza francese dell'Assemblea legislativa, nella loro versione più matura (e per certi versi più estrema), vennero cristallizzate nelle «Quatre-Vingt-Deux Resolutions» approvate il 21

¹¹⁶ Sulla crisi Dalhousie, si v. F.-X. GARNEAU, *Histoire du Canada*, VIII, cit., 101 ss.

¹¹⁷ 1-2 William IV, Ch. 23.

¹¹⁸ F.-X. GARNEAU, *Histoire du Canada*, VIII, cit., 149 e 157.

¹¹⁹ F.-X. GARNEAU, *Histoire du Canada*, VIII, cit., 168 ss.

¹²⁰ J.M. WARD, *Colonial Self-Government*, cit., 47.

febbraio 1834 dall'Assemblea Legislativa del *Lower Canada*¹²¹, ottenendo il voto contrario dei deputati vicini a Neilson, che non condividevano le proposte di riforma del *Constitution Act*.

Le Risoluzioni riaffermavano la fedeltà della popolazione e dell'Assemblea al governo di Sua Maestà¹²², ma al tempo stesso esponevano dettagliatamente una serie di doglianze sul funzionamento del governo della Colonia e chiedevano alla Camera dei Comuni di Londra di disporre l'*impeachment* del governatore Aylmer¹²³. Oggetto principale della critica era la contrapposizione sempre più marcata del Governatore, del suo Consiglio esecutivo, del Consiglio legislativo¹²⁴ e dei giudici (nominati dalla Corona)¹²⁵ all'Assemblea legislativa, denunciandosi così una torsione autocratica dei poteri derivanti dalla Corona britannica.

Ma le 92 Risoluzioni non si limitavano a denunciare i difetti della prassi costituzionale e criticavano altresì i difetti della «costituzione» concessa al Canada nel 1791, evidenziando in particolare lo squilibrio fra gli «esorbitanti» poteri della Corona¹²⁶ e l'elemento popolare della Costituzione: richiamando sia i principi della Costituzione britannica¹²⁷, sia quelli del sistema di governo degli Stati Uniti¹²⁸ (tanto prima, quanto dopo l'indipendenza), e ricordando la generale estensione del principio elettivo in tutti gli Stati americani, compresi quelli di origine spagnola¹²⁹, le Risoluzioni chiedevano una serie di riforme costituzionali volte a porre tutto il sistema di governo della Colonia in armonia con le aspettative della collettività dei suoi abitanti, di cui l'Assemblea rivendicava di essere l'unica legittima rappresentante¹³⁰. Si proponeva quindi l'estensione del principio del *popular government*, e in particolare l'elezione popolare del *Legislative Council* (sia pure a suffragio ristretto, sulla base di apposite *property qualifications*)¹³¹, una composizione dell'*Executive Council*

¹²¹ Se ne v. il testo in W.P.M. KENNEDY (a cura di), *Statutes, Treaties and Documents of the Canadian Constitution 1713-1929*, II ed., Oxford 1930, 270 ss.

¹²² Si v. le *resolutions* n. 1, 2 e 3.

¹²³ Si v. le *resolutions* n. 85 e 86.

¹²⁴ Si v. le *resolutions* n. 13-32.

¹²⁵ Si v. le *resolutions* n. 77 e 78.

¹²⁶ Si v. la *resolution* n. 9.

¹²⁷ Così la *resolution* n. 5.

¹²⁸ Così le *resolutions* n. 42 e 43.

¹²⁹ Si v. la risoluzione n. 44, nonché il cenno contenuto nella risoluzione n. 42 secondo cui «the fondness for popular institutions had made great progress in the two Canadas».

¹³⁰ Si v. le *resolutions* n. 50 e 79.

¹³¹ Così la *resolution* n. 12.

che riflettesse la maggioranza dell'Assemblea legislativa¹³² ed il rigoroso rispetto del controllo esclusivo dell'Assemblea sulla spesa pubblica, richiamando anche su questo tema alcuni precedenti del parlamentarismo britannico¹³³ e sottolineando che i numerosi casi di *appropriations* di fondi pubblici da parte dell'Esecutivo senza approvazione dell'Assemblea avevano eliminato anche l'«ombra» di un controllo di quest'ultima sulla spesa pubblica¹³⁴.

In tal modo la richiesta del *responsible government*, che era emersa gradualmente e in forma in parte contraddittoria nella lotta politica, veniva articolata con una certa chiarezza. Essa, però, in quel momento fu considerata inaccettabile da parte del governo britannico, che la riteneva inapplicabile ad una Colonia, in quanto il Governatore di questa avrebbe dovuto seguire le istruzioni non dei suoi ministri e della maggioranza che li avrebbe espressi, ma del Governo imperiale¹³⁵. In questo contesto, l'Assemblea avrebbe potuto dolersi delle scelte del Governatore solo inviando petizioni al Governo imperiale.

In ogni caso, anche se le posizioni di tipo democratico-radical, con venature repubblicane (che avevano il loro ispiratore in Papineau), non erano condivise dalla corrente più moderata della maggioranza francese (al cui interno si era ormai consolidata una distinzione fra *patriotes* e *constitutionalistes*)¹³⁶, le linee conflittuali erano quelle tipiche di un con-

¹³² Così la *resolution* n. 28.

¹³³ Si v. le *resolutions* n. 64-74.

¹³⁴ Così la *resolution* n. 69.

¹³⁵ Si v. ad es. la lettera di Lord Russell a Poulett Thomson (futuro barone Sydenham) del 14.10.1839, pubbl. in W.P.M. KENNEDY, *Statutes*, cit., 522, in cui il *Colonial Secretary* affermava: «The power for which a minister is responsible in England is not his own power, but the power of the crown, of which he is for the time the organ. It is obvious that the executive councillor of a colony is in a situation totally different... Can the colonial council be the Adviser of the crown of England? Evidently not, for the crown has other advisers for the same functions, and with superior authority. It may happen, therefore, that the governor receives, at one and the same time, instructions from the Queen and advice from his executive council totally at variance with each other. If he is to obey his instructions from England, the parallel of constitutional responsibility entirely fails; if, on the other hand, he is to follow the advice of his council, he is no longer a subordinate officer, but an independent sovereign».

Del resto Lord Russell si era espresso in tal senso già nel 1836 (J.M. WARD, *Colonial Self-Government*, cit., 58). Sull'evoluzione della posizione dei governi britannici circa l'assetto costituzionale del Canada si v. R.W. LANGSTONE, *Responsible Government in Canada*, cit., 1-23 e J.M. WARD, *Colonial Self-Government*, cit., 38-43 e 48-51.

¹³⁶ W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, cit., 109. Cfr. anche F.-X. GARNEAU, *Histoire du Canada*, VIII, cit., 173; T. CHAPAIS, *Cours*, III, 250-1.

testo di tipo monarchico-costituzionale. Si trattava, cioè, di una monarchia costituzionale «pura», in cui il dualismo fra il Parlamento (*rectius*, la sua Camera bassa elettiva) e la Corona ed il suo Governo era il riflesso di un conflitto fra due legittimazioni incompatibili fra loro: quella di tipo monarchico (e, nel caso specifico, al tempo stesso coloniale) e quella di tipo democratico (la quale, nel caso basso-canadese, era anche, al tempo stesso, locale-nazionale). Il conflitto, che era oltretutto aggravato dal già citato *cleavage* «razziale» interno alla colonia, presenta – dal punto di vista costituzionale – punti di contatto sia con il conflitto fra Re e Parlamento nell’Inghilterra dell’età degli Stuart, sia con quello fra governo e *Reichstag* nella Prussia dell’età di Bismarck (1862-66) e in parte nel periodo del Secondo *Reich* germanico dal 1871 al 1918. Le virtualità collaborative dello schema monarchico-costituzionale – sperimentate in alcune fasi del settecento inglese e della storia costituzionale francese successiva al 1814 – potevano trovare uno spazio molto limitato nel contesto del Basso Canada, proprio per il dato rappresentato dal conflitto etnico-razziale, nel quale si contrapponevano istanze identitarie francesi e pretese assimilazioniste britanniche, queste ultime venate di un forte spirito di fedeltà alla Corona. In tale contesto era dunque assai improbabile che il verdetto dell’elettorato nelle elezioni dell’Assemblea rappresentativa fosse accettato dagli altri poteri come una scelta di indirizzo alla quale essi avrebbero dovuto conformarsi. D’altro canto, le risorse a disposizione del Governatore e dei *Councils* da esso nominati per influenzare l’Assemblea erano di gran lunga inferiori a quelle di cui l’aristocrazia britannica aveva potuto disporre per tutto il settecento e che continuò ad usare largamente anche durante il XIX secolo, almeno sino alla seconda riforma elettorale, nel 1867. E del resto il sistema parlamentare non si era ancora del tutto consolidato neppure in Inghilterra, dove il passaggio del *Reform Bill* del 1832 aveva incontrato enormi resistenze nella Camera dei *Lords* e nello stesso monarca¹³⁷.

6.1.6. *La crisi del 1837-38 e la sospensione del Constitution Act nel Lower Canada*

Il 6 marzo 1837, dopo che per cinque anni l’Assemblea legislativa

¹³⁷ Rileva W. LEGGO, *History*, cit., 41 che nel 1839 «the true system of a thoroughly constitutional Government had not yet been adopted even in England, and we should not judge harshly the Ministers of Britain, because they did not give the Dependencies a system better than the one they themselves possessed».

aveva rifiutato di votare il bilancio (o lo aveva votato in forma che era stata poi rigettata dal Consiglio legislativo), lord John Russell presentò dieci risoluzioni alla Camera dei Comuni britannica, in cui le posizioni dell'Assemblea legislativa del Basso Canada erano nettamente rigettate.

L'ottava di tali risoluzioni autorizzava il Governatore Generale del Canada a prelevare 142.000 sterline dal tesoro provinciale del Basso Canada per pagare gli arretrati della *civil list*, senza approvazione dell'Assemblea¹³⁸.

All'esecuzione di questa deliberazione fece seguito un'agitazione popolare, che culminò in alcuni episodi di rivolta armata nel novembre-dicembre 1837, i quali ebbero comunque una consistenza limitata¹³⁹ e furono repressi dalle forze armate imperiali.

Una legge del Parlamento imperiale del 10 febbraio 1838¹⁴⁰ sospese allora la Costituzione rappresentativa della Colonia fino al 1° novembre 1840 (art. 1), stabilendo che nel frattempo essa sarebbe stata affidata ad un Governatore nominato dalla Corona ed assistito da un Consiglio da esso designato (art. 2).

Sulla base di questa legge, il 29 marzo 1838 il governatore John Colborne nominò uno *Special Council* per governarla temporaneamente.

6.2. L'Upper Canada

Diversa, ma in parte convergente, fu la vicenda costituzionale dell'*Upper Canada* fra il 1791 ed il 1838.

Inizialmente popolata da piccoli gruppi di lealisti fuggiti dalla rivoluzione americana, la Colonia era cresciuta piuttosto lentamente, al punto che si è sostenuto che prima del 1815 essa «had no political history»¹⁴¹.

Dopo la conclusione della guerra anglo americana del 1812-14 e delle guerre napoleoniche, si sviluppò invece un conflitto fra un gruppo oligar-

¹³⁸ A.R. HASSARD, *Canadian constitutional History*, cit., 48.

¹³⁹ Oltre ad alcuni scontri fra gruppi inglesi e francesi a Montréal, i principali episodi della rivolta si concentrarono a Saint-Charles, a Saint-Denis e a Saint-Eustache: cfr. F. X. GARNEAU, *Histoire du Canada*, vol. IX, VIII ed., Montréal 1946, 63 ss.

¹⁴⁰ Si tratta dell'*Act to make temporary provisions for the government of Lower Canada*, approvato il 10 febbraio 1838 dal Parlamento imperiale (1-2 Vic. Ch. 9, in W.P.M. KENNEDY, *Statutes*, cit., 350, poi modificata da 2-3 Vic., Ch. 9, in W.P.M. KENNEDY, *Statutes*, cit., 414). Al riguardo cfr. W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, cit., 115.

¹⁴¹ A. DUNHAM, *Political Unrest in Upper Canada 1815-1836*, Toronto 1963 (ed. orig. 1927), 18.

chico, lealista e conservatore, che monopolizzava le cariche amministrative e di governo (che dopo il 1818 sarebbe stato denominato dispregiativamente *family compact*), e vari gruppi di opposizione che si sentivano esclusi dalla sua politica. I conflitti religiosi fra le sette protestanti e la Chiesa ufficiale anglicana¹⁴² – sostenuta dal *family compact* – erano uno dei *cleavages* più rilevanti della Colonia.

Per lo più i governatori coloniali si appoggiarono sull'oligarchia e favorirono la Chiesa ufficiale, contrapponendosi ai riformatori e ai *dissenters*. Negli anni trenta, poi, i riformatori, si divisero in moderati (in particolare William e Robert Baldwin) e radicali (il cui leader principale era William Lyon Mackenzie).

L'opposizione inizialmente tentava di contrastare le scelte del governo locale mediante petizioni al governo imperiale, affinché modificasse le decisioni delle autorità locali, ottenendo talora soddisfazione. Ma gradualmente vennero emergendo richieste di democratizzazione della Costituzione coloniale, che (influenzate forse dalle idee e dalle prassi della democrazia americana nell'età di Jackson) proponevano l'elezione popolare del *Legislative Council*¹⁴³ e dello stesso governatore¹⁴⁴.

Il *leader* della corrente moderata, Robert Baldwin, chiese in una lettera indirizzata nel 1836 al *Colonial Secretary* Charles Grant, Barone di Glenelg di introdurre nella Colonia il *responsible government*¹⁴⁵: i componenti dell'*Executive Council* avrebbero dovuto essere membri di una delle due Camere e sarebbero stati responsabili davanti all'Assemblea legislativa; i ministri e l'assemblea avrebbero determinato le scelte politiche per gli affari della Colonia; il Governatore si sarebbe trovato nella stessa posizione spettante al monarca britannico rispetto al *Cabinet* e al Parlamento e la prerogativa regia sarebbe rimasta inalterata. Le questioni di rilievo imperiale avrebbero invece continuato ad essere determinate

¹⁴² Su questo tema si v. J.J. TALMAN, *The position of the Church of England in Upper Canada, 1791-1840*, in *Canadian Historical Review*, 1934, 361 ss.

¹⁴³ In nessuna delle due Colonie il *Legislative Council* riuscì a svolgere la funzione che Pitt e Grenville gli avevano assegnato. Al riguardo T. ERSKINE MAY, *Constitutional History of England*, vol. II, Boston 1863, 536, osservava che «the constitution of an upper chamber in a colonial society, without an aristocracy, and with few persons of high attainments and adequate leisure, has ever been a difficult problem. Nominated by the governor and consisting mainly of its executive officers, it has failed to exercise a material influence over public opinion; and has been readily overborn by the more popular assembly».

¹⁴⁴ J.M. WARD, *Colonial Self-Government*, cit., 44.

¹⁴⁵ J.M. WARD, *Colonial Self-Government*, cit., 54.

dal Segretario di Stato alle Colonie e dal Governatore. Si sarebbe dunque trattato di un'evoluzione delle istituzioni esistenti piuttosto che un cambiamento radicale delle stesse.

Il conflitto costituzionale dell'Alto Canada, dunque, si snodò lungo linee che – a differenza del Basso Canada – non avevano carattere etnico-culturale, ma tratti *ab origine* socio-istituzionali che sono stati talora comparati con quelli che percorsero l'Inghilterra nel mezzo secolo precedente al 1832. In ogni caso, anche nell'Upper Canada il conflitto culminò nel dicembre 1837 in una rivolta armata, sia pure di ridotta consistenza¹⁴⁶, guidata da William Lyon Mackenzie e appoggiata da irregolari provenienti dagli Stati Uniti, che fu repressa facilmente dalle truppe lealiste.

6.3. *Il rapporto Durham*

Alla fine degli anni trenta, dunque, l'esperimento delle istituzioni rappresentative senza *responsible government* era sostanzialmente fallito in entrambi i Canada, sia pure per ragioni in parte diverse e sulla base di linee conflittuali molto differenti.

La crisi costituzionale dei due Canada venne affrontata dal governo britannico dapprima con una efficace azione repressiva, che ebbe agevolmente ragione dei rivoltosi, e subito dopo con l'invio nelle due Province, come Governatore Generale, di uno dei più autorevoli *whigs*¹⁴⁷ radicali, John George Lambton, primo Earl of Durham, fra i principali *colonial reformers*. Lord Durham giunse in Canada il 29 maggio 1838 con il compito di elaborare proposte per «the permanent establishment of an improved system of government in her majesty's North American possessions»¹⁴⁸, dunque di suggerire «la futura costituzione» di tale colonia, come lo stesso Durham avrebbe poi sostenuto all'inizio del suo Rapporto¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Oltretutto, secondo A. DUNHAM, *Political unrest*, cit., 18, non si tratta di un esito inevitabile della storia del ventennio successivo al 1815 ma piuttosto di uno sviluppo accidentale.

¹⁴⁷ La posizione dei *whigs* in materia coloniale dopo l'indipendenza americana era stata formulata da Fox il 6 marzo 1791: «I am convinced that the only means of retaining distant colonies with advantage, is to enable them to govern themselves» (cit. da T. ERSKINE MAY, *Constitutional History*, cit., 529).

¹⁴⁸ W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, cit., 167.

¹⁴⁹ LORD DURHAM, *Report*, Craig ed., cit., 18. Non si trattava della prima inchiesta di questo tipo. Già nel 1828 il governo imperiale aveva nominato un *Canada Committee*, che aveva proposto che il Consiglio esecutivo ed il Consiglio legislativo fossero resi maggiormente rappresentativi, aveva suggerito un compromesso circa le spese della Corona ed aveva proposto di escludere i giudici dal *Legislative Council*. Nel 1835, dopo le 92

Di fronte alla richiesta, che era affiorata gradualmente nelle due Province, di consentirne l'evoluzione verso un sistema di *responsible government*, vale a dire di una interpretazione dell'Atto costituzionale del 1791 in virtù della quale al Governatore sarebbe stato affiancato un *Executive council* da lui nominato, ma composto di personalità che godessero della fiducia della maggioranza dell'Assemblea legislativa elettiva, il Governo imperiale britannico avanzava una duplice perplessità. In generale, vi era l'obiezione secondo la quale il Governatore avrebbe dovuto sì essere responsabile, ma verso il Governo imperiale, che lo nominava e lo revocava¹⁵⁰. Viceversa, la responsabilità dell'Esecutivo verso il Legislativo avrebbe significato l'autogoverno della colonia ed avrebbe finito per coincidere con una dichiarazione di indipendenza in via di fatto. Ovviamente, su questa riserva più generale se ne innestava una specifica, dovuta, come si è visto, alla presenza nel *Lower Canada* di una consistente comunità francofona: tale comunità – che aveva già suggerito di ritardare la concessione di ordinamenti rappresentativi – induceva il governo britannico alla prudenza nel percorrere la strada dell'estensione alle Colonie del modello di governo parlamentare che si andava gradualmente consolidando sulle rive del Tamigi, nel timore per l'uso che la maggioranza francofona del Québec avrebbe potuto fare di una autonomia politica che si manifestasse non solo nell'elezione di una Assemblea legislativa, ma anche nella scelta di un governo espressione della maggioranza di quest'ultima¹⁵¹.

In questo contesto, il rapporto presentato da Lord Durham¹⁵² al governo di Londra il 31 gennaio 1839 indicava una doppia strategia.

Circa l'assetto istituzionale, Lord Durham constatava – non solo nel Lower ma anche nell'Upper Canada – che «la condizione naturale dello Stato in tutte le Colonie è di collisione fra l'Esecutivo ed il corpo rappre-

Resolutions, una *Royal Commission*, guidata da Lord Gosford, aveva proposto di rendere elettivo il *Legislative Council* (A.R. HASSARD, *Canadian Constitutional History*, cit., 47-48).

¹⁵⁰ Si è visto che questa era la posizione assunta da Lord Russell.

¹⁵¹ Più in generale, il precedente della Rivoluzione Americana aveva reso scettico il governo imperiale verso l'evoluzione democratica in tutte le Colonie, incluso il Canada anglofono (A.B. KEITH, *Responsible Government*, II ed., vol. I, cit., 13).

¹⁵² Oltre che nell'ed. cit. *supra* alla nota 7, se ne v. i passaggi principali in A.B. KEITH, *Selected Speeches and Documents on British Colonial Policy, 1763-1917*, vol. I, Oxford 1918, 113 ss. Il *Report* venne preceduto da un *Dispatch* del 9 agosto 1838 al *Colonial Secretary*, nel quale le proposte di Durham erano già delineate (cfr. E. NISH, *Racism or Responsible Government: The French Canadian Dilemma of the 1840s*, Toronto 1967, 10-16). Sul *Durham Report* si v. il vol. 25:1 (1990) del *Journal of Canadian Studies*.

sentativo»¹⁵³ e rilevava «la combinazione di istituzioni apparentemente popolari con una totale assenza di effettivo controllo del popolo sui suoi governanti»¹⁵⁴. Ad avviso dell'esponente *whig*, «questa integrale separazione del potere legislativo ed esecutivo di uno Stato è l'errore naturale di governi che desiderano essere liberi dal controllo esercitato da istituzioni rappresentative»¹⁵⁵. In questo contesto, le istituzioni rappresentative gli apparivano nient'altro che «a mockery, and a source of confusion»¹⁵⁶.

La conduzione degli affari canadesi contro la volontà degli abitanti della colonia pareva a Lord Durham poco pratica e alla lunga irrealizzabile. Egli, pertanto, suggeriva l'introduzione del *responsible government*: l'Esecutivo avrebbe dovuto essere scelto fra i *leaders* della maggioranza parlamentare eletta dagli abitanti della Provincia, secondo il modello britannico¹⁵⁷. Del resto, nella visione di Durham, ciò non avrebbe comportato una opzione per una democrazia «pura», per quanto rappresentativa. La cultura *radical whig*, di cui Durham era espressione, non lo portava a rinunciare ad un ideale di Costituzione mista, in cui l'elemento aristocratico e quello monarchico sarebbero stati rappresentati dal Consiglio legislativo e dal Governatore¹⁵⁸. Quest'ultimo, poi, era chiamato a svolgere anche una ulteriore funzione: il problema del rapporto della Colonia con la Madrepatria avrebbe potuto essere risolto, secondo Durham, distinguendo fra *Imperial Affairs* e *Local Affairs*. Al Governatore della Colonia sarebbe spettato un ruolo di valvola regolatrice: egli avrebbe dovuto agire su istruzioni del *Colonial Office* negli *Imperial Affairs* e su istruzioni dell'esecutivo locale, responsabile davanti all'Assemblea elettiva, nei *Local Affairs*. In questa maniera sarebbe stato possibile «reconciling imperialism and democracy»¹⁵⁹.

Ad avviso di Lord Durham, la fedeltà delle Colonie alla Madrepatria avrebbe potuto essere assicurata da un lato conservando il control-

¹⁵³ LORD DURHAM, *Report*, Craig ed., 52.

¹⁵⁴ LORD DURHAM, *Report*, Craig ed., 53.

¹⁵⁵ LORD DURHAM, *Report*, Craig ed., 56.

¹⁵⁶ LORD DURHAM, *Report*, Craig ed., 57.

¹⁵⁷ «The Crown must... submit to the necessary consequences of representative institutions; and if it has to carry on the Government in unison with a representative body, it must consent to carry it on by means of those in whom the representative body has confidence»: LORD DURHAM, *Report*, Craig ed., 139.

¹⁵⁸ Cfr. al riguardo J. AJZENSTAT, *The political thought of Lord Durham*, Montreal & Kingston 1988, 52 ss.

¹⁵⁹ R.W. LANGSTONE, *Responsible Government in Canada*, cit., 2. Sulle posizioni dei «colonial reformers» cui va ricondotto Durham, v. *ibidem*, 15-23.

lo su un ristretto numero di materie, nelle quali sussisteva un interesse dell'Impero (l'organizzazione costituzionale, la regolazione del commercio, i rapporti internazionali e la disciplina delle terre di proprietà pubblica¹⁶⁰), dall'altro grazie alla comunanza di interessi che sarebbe continuata a sussistere fra le Colonie e la Madrepatria¹⁶¹. Da questo punto di vista, il rapporto Durham – rompendo con la logica in cui ancora si riconosceva Lord Russell, sopra ricordata – è ritenuto fondativo non solo della progressiva democratizzazione del sistema di governo canadese, ma del Secondo Impero Coloniale britannico nel suo complesso¹⁶², sicché si può condividere il giudizio che riconosce in esso «the greatest State paper in colonial history»¹⁶³.

6.4. L'unificazione dei due Canada

Il rapporto Durham conteneva tuttavia anche un «lato oscuro»: esso – collocandosi, da questo punto di vista, in continuità con la politica imperiale che per altri versi criticava – attribuì enorme importanza alla distinzione fra francesi ed inglesi, a cui, a suo avviso, ogni contrapposizione nella vita pubblica del Lower Canada poteva in ultima analisi essere ricondotta¹⁶⁴ (essa costituiva «a far deeper and far more efficient cause» delle divisioni esistenti nella provincia rispetto ai difetti pur rilevabili nel rapporto fra i poteri e nella pratica amministrativa¹⁶⁵), e ritenne che il problema posto

¹⁶⁰ LORD DURHAM, *Report*, Craig ed., 141-142.

¹⁶¹ *Report*, Craig ed., 142.

¹⁶² In questo senso cfr. ad es. R. COUPLAND, *The Durham Report: An Abridged Version*, Oxford 1945, VIII e C. NEW, *Lord Durham: A Biography of John George Lambton, First Earl of Durham*, Oxford 1929, 495-496. In maniera un po' enfatica ma efficace, A.C. LAUT, *The Canadian Commonwealth*, McLeod & Allen, Toronto, 1915 osserva: «His report has been the Magna Charta and Declaration of Independence of the self-governing Colonies of the British Empire». Per la discussione degli elementi di ambiguità di questa impostazione, circa i margini di effettivo controllo che sarebbero rimasti in mano imperiale, cfr. J. AJZENSTAT, *The political thought of Lord Durham*, cit., 42 ss.

¹⁶³ W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, cit., 168.

¹⁶⁴ Cfr. LORD DURHAM, *Dispatch*, 10; *Report*, Craig ed., 21-22. Egli osservava inoltre che «at the root of the disorders of Lower Canada, lies the conflict of the two races which compose its population» (51). «I found a struggle, not of principles, but of races» (22). Un'opinione simile fu espressa alcuni mesi dopo dal suo successore, Sydenham: «there is no such thing as a political opinion. No one looks to a practical measure of improvement (...). They have only one feeling – a hatred of race» (si v. P. SCROPE, *Memoir of the life of the Right Honourable Charles Lord Sydenham, with a narrative of his administration in Canada*, London 1843, 168).

¹⁶⁵ LORD DURHAM, *Report*, Craig ed., 21.

dalla esistenza di una significativa popolazione francofona avrebbe potuto essere risolto solo con una accorta ma determinata politica di assimilazione. A tal fine era necessario, secondo Lord Durham, procedere alla fusione delle due Colonie in un Canada unito¹⁶⁶, in modo da evitare che la maggioranza francese in Québec potesse avvalersi del controllo del potere esecutivo locale, che il *responsible government* le avrebbe verosimilmente consentito, per tentare di sganciare la Colonia dall'Impero britannico.

Sulla base del rapporto Durham, nel giugno 1839 il governo inglese presentò al Parlamento imperiale un disegno di legge volto ad unificare i due Canada, la cui approvazione venne rinviata per discutere il suo contenuto nelle due Province. Prima di chiedere al Parlamento imperiale la definitiva approvazione di tale disegno di legge, il governo di Londra ritenne necessario ottenerne l'approvazione, almeno formale, da parte delle due Colonie e inviò in Canada a tale scopo il nuovo Governatore Generale, Sir Poulette Thomson. Grazie a quest'ultimo il progetto di legge ottenne l'approvazione del Parlamento dell'Alto Canada (che si espresse in senso positivo soprattutto in ragione delle condizioni di favore che l'unione gli offriva¹⁶⁷), mentre nel Basso Canada esso venne discusso ed approvato solo dal Consiglio speciale nominato nel 1838 (composto, come si è visto, solo da membri nominati dal Governatore) e non all'Assemblea rappresentativa, che era stata sciolta¹⁶⁸.

Malgrado le vibranti proteste dell'opinione pubblica del Basso Canada, esposte in una petizione elaborata da John Neilson, il progetto di legge venne approvato dal Parlamento britannico come *The Act of Union 1840*, ricevette il *Royal assent* il 23 luglio 1840 ed entrò in vigore, a seguito di una *Royal Proclamation*, il 10 febbraio 1841¹⁶⁹.

La proposta di Lord Durham di introdurre nella colonia unificata il principio del *responsible government* non ebbe invece seguito legislativo

¹⁶⁶ La proposta, peraltro, non era del tutto nuova: già nel 1822 era stata presentato al Parlamento imperiale un progetto di legge volto a unificare le due colonie, ma essa non era stata approvata in seguito alle proteste dei franco-canadesi e alle resistenze che aveva incontrato nel Parlamento britannico. Su alcuni passaggi di quella vicenda si v. W. SMITH, *Side-lights on the attempted Union of 1822*, in *Canadian Historical Review*, 1921, 38-45.

¹⁶⁷ Si deve ricordare che nel 1822 anche l'Alto Canada si era opposto al primo tentativo di fondere le due Colonie.

¹⁶⁸ L.P. TURCOTTE, *Le Canada sous l'Union 1841-1867*, cit., 25-27. Per le *resolutions* del *Legislative Council* e della *House of Assembly* dell'Alto Canada v. W.P.M. KENNEDY, *Statutes*, cit., 431 e 432.

¹⁶⁹ 3-4 Vic. Ch. 35 (e W.P.M. KENNEDY, *Statutes*, cit., 433 ss.). Si v. al riguardo W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, cit., 199.

ed il suo effettivo accoglimento rimase per il momento controverso. Del resto lo stesso Lord Durham aveva affermato che essa avrebbe potuto essere realizzata informalmente, nell'ambito delle istituzioni rappresentative esistenti, modificando le istruzioni con cui il governo imperiale orientava l'azione dei Governatori da esso nominati. Questa fu in effetti la strategia poi adottata dalle autorità imperiali, ma a tale risultato si giunse solo dopo un decennio di oscillazioni ed incertezze, che accompagnarono la nascita delle Province unite del Canada e il primo decennio della storia politica e costituzionale della nuova entità.

6.5. L'organizzazione costituzionale del Canada unito

Il sistema di governo della Provincia riproduceva per vari aspetti quello del *Constitution Act* di mezzo secolo prima ed era imperniato sulla Corona e su due Assemblee parlamentari.

Un Governatore Generale del Canada nominato dal Governo imperiale era titolare del potere esecutivo, che doveva esercitare sulla base dell'*advice* dell'*Executive Council*, i cui componenti erano da lui nominati e revocati; al Governatore spettavano i poteri di convocazione, proroga e scioglimento dell'Assemblea legislativa, la prestazione del *Royal Assent* ai disegni di legge e la facoltà di riservare alcuni di questi ultimi alla considerazione del Governo imperiale (art. 37), cui si aggiungeva il potere del Governo imperiale di annullare entro due anni le leggi che il Governatore avrebbe dovuto tempestivamente comunicargli, dopo avervi prestato l'*assent* (art. 38).

Il Consiglio legislativo era composto di non meno di 20 membri (art. 4) nominati dal Governatore¹⁷⁰ a vita (art. 5), come in precedenza, ma scomparivano nell'*Act* del 1840 le disposizioni sulla possibile ereditarietà della *membership* del Consiglio, che erano finalizzate alla formazione di una aristocrazia locale¹⁷¹.

L'Assemblea legislativa era composta da un numero eguale di rappre-

¹⁷⁰ Formalmente l'art. 4 dello *Union Act* prevedeva che il monarca britannico potesse autorizzare il Governatore a nominare (*summon*) i membri del *Legislative Council*.

¹⁷¹ Nel 1854 una legge del Parlamento imperiale (*The Union Act Amendment Act*, 17-18 Vic. Ch. 118, cfr. W.P.M. KENNEDY, *Statutes*, cit., 533) autorizzò il Parlamento del Canada Unito a modificare la Costituzione del *Legislative Council*, il che avvenne effettivamente nel 1856. Il *Legislative council* elettivo era composto di 48 membri, eletti in parti eguali in ciascuna delle due sezioni della Provincia. Cfr. al riguardo M. MORIN, *L'élection des membres de la Chambre haute du Canada-Uni, 1856-1867*, in *Cabiers de Droit*, 35 (1994), 23.

sentanti per le due ex Province dell'*Upper* e del *Lower Canada* (art. 11), per un totale di 84 deputati¹⁷². L'*Act* definiva direttamente i collegi elettorali (art. 13-20) e attribuiva al Governatore il potere di stabilirne esattamente i confini. L'Assemblea aveva una durata massima di 4 anni, salvo scioglimento anticipato, e doveva tenere almeno una sessione ogni anno (art. 31).

Venne prevista una *civil list* permanente, sottratta al controllo dell'Assemblea, mentre a quest'ultima fu riconosciuto il potere di deliberare su tutte le altre entrate del tesoro pubblico¹⁷³.

L'unificazione dell'Alto e del Basso Canada venne tuttavia realizzata in forme meno drastiche di quelle proposte da Lord Durham, e l'assetto delineato dall'*Act* del 1840 aveva forti elementi dualistici, anche se diversi da quelli visti sopra a proposito del *Constitution Act* 1791. Furono infatti preservati nelle due parti della nuova Colonia i sistemi giuridici preesistenti in ciascuna di esse, consentendone la modifica solo con il voto favorevole della maggioranza di ciascuna delle due componenti dell'Assemblea parlamentare per il Canada Unito. L'art. 26 proteggeva da cambiamenti unilaterali la regola della eguale rappresentanza delle due parti della Provincia (art. 12) permettendone la modifica solo col voto favorevole dei due terzi di ciascuna metà dell'Assemblea.

Il dualismo già presente nel testo normativo dello *Union Act* fu poi ulteriormente accentuato dalla prassi politica. Gli elementi di questo *dualisme constitutionnel* sono stati efficacemente sintetizzati da Morin: «eguaglianza nella rappresentanza, divisione del governo in due sezioni, esistenza virtuale di due Primi Ministri, necessità di una doppia maggioranza a livello esecutivo e legislativo»¹⁷⁴.

Tuttavia la soluzione adottata nel 1841 era per varie ragioni iniqua nei confronti della popolazione francofona: l'eguale rappresentanza delle due parti della Provincia nell'Assemblea parlamentare unitaria appariva contraddittoria con la ben diversa consistenza demografica di esse¹⁷⁵; il debito pubblico venne assunto cumulativamente dalla nuova entità po-

¹⁷² Questo – come si è visto *supra* nella nota 46 – era dal 1830 il numero dei deputati dell'Assemblea legislativa del *Lower Canada*. Nel 1853 l'Assemblea legislativa del Canada Unito aumentò il numero dei propri componenti a 130, di cui 65 per l'Alto e 65 per il Basso Canada, e ridisegnò i collegi elettorali.

¹⁷³ Nel 1847 il Parlamento imperiale riformò l'*Act of Union*, devolvendo all'Assemblea legislativa del Canada unito il controllo integrale sulle entrate (10-11 Vic. Ch. 71).

¹⁷⁴ J.-Y. Morin, *L'évolution constitutionnelle du Canada et du Québec*, in J.-Y. MORIN, J. WOEHRLING, *Les Constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, tome I, Montréal 1992, 75-76.

¹⁷⁵ Cfr. *supra* nota 88.

litica, nonostante esso fosse in gran parte eredità dell'Upper Canada¹⁷⁶; l'art. 41 stabiliva che i dibattiti parlamentari si sarebbero svolti in lingua inglese e che questa sola avrebbe fatto fede per l'originale dei testi legislativi (pur non essendone esclusa la traduzione)¹⁷⁷.

7. *La concessione del responsible government nelle colonie canadesi*

Negli anni successivi al 1840, i Governatori Generali che si succedettero nel Canada unito (Sydenham, 1839-41; Bagot, 1842-43; Metcalfe, 1843-1845; Cathcart, 1845-47¹⁷⁸, Elgin dal 1847 in poi) adottarono strategie differenti. Ha osservato al riguardo uno storico canadese:

«The years between 1839-1849 are ... of considerable importance in Canadian history. The evolution from representative to responsible government meant ten years of bitter contention and party controversy. The struggle was not so much whether or not Canada was to enjoy responsible government, but what interpretation of that theory was to hold the field. The four governors of that period, Sydenham, Bagot, Metcalfe, and Elgin, as well as the leaders of the Canadian Reform party, all agreed that they were following the principles enunciated in the Durham Report, but they all differed when they considered how those principles were to be put into practice»¹⁷⁹.

7.1. *Sydenham: fra aperture al responsible government e governatore capo-partito*

Charles Poulette Thomson, barone di Sydenham fu il primo gover-

¹⁷⁶ Il debito pubblico dell'Upper Canada era pari a 1.200.000 sterline a fronte di entrate annuali di 78.000 sterline (secondo KINGSFORD, *The History of Canada*, tomo X, 507, la Provincia era sull'orlo del fallimento) a fronte di un debito di appena 100.000 sterline del Lower Canada.

¹⁷⁷ Su richiesta unanime del Parlamento canadese, il privilegio in favore della lingua inglese venne poi abrogato dal Parlamento imperiale nel 1848, con *The Union Act Amendment Act 1848*, 11-12 Vic Ch. 56, in W.P.M. KENNEDY, *Statutes*, cit., 532.

¹⁷⁸ Cathcart non era in realtà Governatore *pleno jure*, ma solo un militare chiamato a reggere provvisoriamente la Provincia dopo la malattia di Metcalfe e prima della nomina di Elgin. Per lo più gli storici considerano il suo periodo di governo come irrilevante per l'evoluzione del *responsible government*: cfr. ad es. J.L. MORISON, *British Supremacy and Canadian Self-Government 1839-1854*, Glasgow 1919, 7, nt. 1.

¹⁷⁹ K.L.P. MARTIN, *The Influence of the Crown in the Evolution of Responsible Government*, in *Canadian Historical Review*, 1922, 334.

natore di una colonia canadese che avesse alle spalle una significativa esperienza parlamentare e di governo nella madrepatria¹⁸⁰. Egli – ottenuto il consenso degli organi rappresentativi delle due Colonie alla loro unione¹⁸¹ – riorganizzò il Consiglio esecutivo, creando dei dipartimenti e collocandoli sotto la direzione di un responsabile politico, ponendo così le basi per un governo di tipo moderno¹⁸² e il 13 febbraio 1841 nominò il primo governo della nuova colonia, guidato da W. Draper per l'Alto Canada e da C.-R. Ogden per il Basso Canada, che non includeva alcun esponente della maggioranza francofona. Subito dopo, il 19 febbraio 1841, Sydenham convocò le prime elezioni legislative: nella campagna elettorale il Governatore si comportò come un *leader* di partito, entrando direttamente nell'agone elettorale a sostegno di alcuni candidati contro altri ed ottenne un successo apparentemente significativo nelle elezioni dell'aprile 1841¹⁸³. Nell'Alto Canada, ove Sydenham aveva sostenuto soprattutto i candidati riformisti, questi prevalsero sui *Tories*, che avevano

¹⁸⁰ Fino al 1838 l'ufficio era stato ricoperto per lo più da militari di carriera (J.L. MORISON, *British Supremacy*, cit., 76-77).

¹⁸¹ Nelle forme cui si è fatto cenno *supra*, nel par. 6.4.

¹⁸² A. O'BRIEN, M. BOSC, *House of Commons*, cit., 12.

Nel 1839 il ministro britannico delle Colonie aveva posto un presupposto essenziale per il successivo sviluppo del *responsible government*, stabilendo in un dispaccio al Governatore Generale datato 16 ottobre 1839 (HOUSE OF COMMONS, *Parliamentary Papers*, 621, 1848, 5) che questi avrebbe dovuto trattare i suoi ministri come titolari di una carica a tempo indeterminato, ma suscettibili di essere rimossi per ragioni politiche, distinguendoli così dai *civil servants*.

¹⁸³ Per lo più Sydenham sostenne i riformisti contro i *tories* nell'Alto Canada e contrastò i liberali francofoni nel Basso Canada. Uno storico novecentesco ha sintetizzato in questo modo l'operato di Sydenham nelle elezioni del 1841: «Rarely in Canadian history has one man wielded such extensive powers as did Sydenham during this election. In present-day terms, he was at the same time governor general, prime minister, founder, organizer, leader, and campaign chairman of his own party, chief electoral officer, commander-in-chief of the armed forces, chief Crown lands agent, and head of the Civil Service Commission. With such untrammelled powers there was little Sydenham could not, and indeed did not do, to ensure victory at the polls. He not only chose his own candidates and their ridings but he manipulated and gerrymandered the boundaries of these ridings to such an extent that the exasperated opposition candidate often retired in disgust. Land deeds were given only to his supporters and withheld from his opponents, thus disqualifying the latter from the franchise. Troops were sent to aid his candidates and to coerce the opposition. Polls were located only in areas convenient to his supporters; returning officers were invariably his partisans. Promises of pensions and positions were held out to prospective supporters; those already holding these sinecures were browbeaten into voting for the Governor General's candidate» (I.M. ABELLA, *The "Sydenham election" of 1841*, in *Canadian Historical Review*, 1966, 327).

Si v. la denuncia di LaFontaine circa le interferenze del Governo nel collegio di Ter-

dominato in quella Provincia fino al 1837; nel Basso Canada, Sydenham riuscì in vario modo a contenere le forze liberali, che tuttavia entrarono nell'Assemblea legislativa con una compatta pattuglia di una ventina di deputati.

La nuova Assemblea era attraversata da due diverse linee di tensione: la prima contrapponeva la maggioranza «centrista» creata da Sydenham alle due ali irriducibili rappresentate dai *tories* e dal *parti français*; la seconda, però, si articolava attorno al tema del *responsible government*, al quale erano favorevoli sia il *parti français*, sia i riformisti dell'Alto Canada vicini a Sydenham. L'Assemblea legislativa¹⁸⁴, dopo aver eletto all'unanimità lo *Speaker*, espresse il suo sostegno al ministero Draper-Ogden ed approvò varie riforme legislative, alcune delle quali incontrarono la resistenza del *Legislative Council*¹⁸⁵. Ma, soprattutto, essa si pronunciò sulla questione del *responsible government*: nella seduta del 3 settembre 1841 l'Assemblea, dopo aver discusso le proposte di risoluzione presentate dal leader riformista dell'Alto Canada Robert Baldwin (che era inizialmente entrato nel ministero Draper, ma ne era uscito dopo le elezioni), approvò un emendamento, presentato dal conservatore Harrison, nel quale venne delineato il principio del *responsible government*:

- «1. Il più importante, così come il più indiscusso, dei diritti politici del popolo di questa Provincia è di avere un Parlamento provinciale per la protezione delle sue libertà, per l'esercizio di un'influenza costituzionale sui dipartimenti esecutivi del suo governo e per la legislazione in tutte le materie di governo interno.
2. Il capo del potere esecutivo della Provincia, che, nei limiti del suo governo, è il rappresentante del Sovrano, è responsabile unicamente davanti all'autorità imperiale; ma, cionondimeno, la conduzione degli affari locali da parte sua deve aver luogo sulla base dell'assistenza, del consenso e dell'informazione di funzionari subordinati nella Provincia.
3. Al fine di preservare fra i vari rami del Parlamento provinciale quell'armonia che è essenziale alla pace, al benessere ed al buon governo della Pro-

rebonne, pubblicata su *Le Canadien* del 2.4.1841 e citata da L.-P. TURCOTTE, *Le Canada*, cit., 63.

¹⁸⁴ Sul «tono» dei lavori dell'Assemblea (come già di quello delle due Assemblee costituite nel 1792) sono frequenti fra i contemporanei e fra gli storici i rilievi che evidenziano «a scene of confusion and riot of which no one in England can have any idea» (così Thomson in una lettera del 1839 citata in P. SCROPE, *Life*, cit., 165) e «the absence of that spirit of courteous moderation which usually characterizes the proceedings of the Imperial Parliament» (J.L. MORISON, *British Supremacy*, cit., 66).

¹⁸⁵ Si v. L.-P. TURCOTTE, *Le Canada*, cit., 101.

vincia, i principali consiglieri del rappresentante del Sovrano, che formano una amministrazione sotto di lui, devono essere uomini che godono della fiducia dei rappresentanti del popolo, garantendo in tal modo che i ben intesi desideri ed interessi del popolo, che il nostro Grazioso Sovrano ha dichiarato che debbano essere la regola del Governo provinciale, siano, in ogni occasione, fedelmente rappresentati e difesi.

4. Il popolo di questa Provincia ha inoltre il diritto di attendersi da tale Amministrazione provinciale il massimo impegno affinché l'autorità imperiale, nei suoi limiti costituzionali, sia esercitata nella maniera più coerente con i suoi ben intesi desideri ed interessi»¹⁸⁶.

Tuttavia, il consenso sul concetto di *responsible government* – cui apparentemente aveva aderito lo stesso Governatore Sydenham (che alcuni ritengono essere il vero autore dell'emendamento Harrison¹⁸⁷) – non era privo di ambiguità. Sydenham si era in effetti impegnato ad «amministrare gli affari seguendo i ben intesi desideri ed interessi del popolo e a mostrare per i suoi sentimenti, come espressi dai suoi rappresentanti, il rispetto loro dovuto»¹⁸⁸. Ma al tempo stesso, egli rivendicava per sé – in quanto rappresentante della Corona e responsabile di fronte a questa – l'ultima parola sulle questioni politiche di maggior rilievo. La nozione che Sydenham aveva del *responsible government* ricorda la pratica di governo britannica durante una parte del Regno di Giorgio III¹⁸⁹, nel corso del quale il Monarca era intervenuto incisivamente nelle elezioni per la Camera dei Comuni, utilizzando il *royal patronage* e più in generale gli strumenti a disposizione dell'*influence* reale per costruire maggioranze parlamentari favorevoli alle sue posizioni e sostituendo talora i suoi mini-

¹⁸⁶ W.P.M. KENNEDY, *Statutes*, cit., 457-458. Si confrontino queste risoluzioni con la proposta originaria di Baldwin (ibidem).

¹⁸⁷ Così ad es. W.P.M. KENNEDY, *Statutes*, cit., 457 nt. 1.

¹⁸⁸ Si v. L. TURCOTTE, *Le Canada*, cit., 57.

¹⁸⁹ La descrizione più efficace della monarchia costituzionale ai tempi di Giorgio III è forse quella di R. REDSLOB, *Le régime parlementaire*, Paris 1924, 15: «il tend à rétablir la monarchie personnelle. Tout en laissant intacte la Constitution du royaume, tout en reconnaissant qu'il doit gouverner d'accord avec un conseil responsable devant le Parlement, il s'efforce de détruire la prépondérance des ministres, d'en faire ses instruments et d'étendre sur eux et sur les Chambres son influence dominatrice». Lo stesso Redslob nota quindi che al riguardo non si può parlare di un vero e proprio regime parlamentare, ma solo di un suo schema imperfetto: vi è, certo, responsabilità ministeriale, ma «la conciliation des pouvoirs se fait tout simplement par une tactique adroite, une autorité personnelle, et non par la sentence du peuple», in quanto il corpo elettorale era troppo ristretto. Proprio la maggiore ampiezza dell'elettorato canadese nella prima metà del XIX secolo rendeva impraticabile l'interpretazione di Sydenham.

stri nonostante che essi fossero sostenuti dalla maggioranza nella Camera dei Comuni¹⁹⁰.

In questa nozione del *responsible government* facevano cioè difetto vari elementi propri del regime parlamentare: la neutralità del Governatore¹⁹¹ (il quale, anzi, «became virtually his own Prime minister»¹⁹²), l'omogeneità politica del *Cabinet* (che Lord Sydenham intendeva invece come l'insieme dei «suoi» ministri, singolarmente considerati¹⁹³), il rispetto per il pur fragile sistema dei partiti che stava emergendo nell'Assemblea e la garanzia che i poteri della Corona sarebbero stati esercitati solo su proposta dei ministri (che sarebbero poi stati responsabili davanti all'Assemblea del loro esercizio). A ciò si aggiunga che l'ostracismo di Sydenham verso il *parti français* – consolidatosi dopo che la sua offerta a LaFontaine di nominarlo *Solicitor General* del Basso Canada era stata

¹⁹⁰ Il caso più celebre è ovviamente quello della crisi del 1783-84 (su cui v. T. ERSKINE MAY, *Constitutional History of England*, vol. I, cit., 69 ss.): Giorgio III dapprima rese noto che i *lords* che avessero votato l'*East India Bill* presentato dal governo Fox-North sarebbero stati considerati suoi nemici; poi, dopo la sconfitta del governo nella votazione svoltasi alla *House of Lords*, rimosse i ministri, che pure godevano della fiducia della Camera dei Comuni (come risultò da varie votazioni successive alla nomina del nuovo esecutivo); indi mise il *royal patronage* a disposizione del governo Pitt, che ottenne così un chiaro successo elettorale nelle consultazioni del 1784, le quali vennero indette solo ad alcuni mesi dalla sostituzione del governo Fox-North, al fine di agevolare la persuasione degli agenti regi. Se questo episodio è il più importante esempio di intervento attivo del monarca nella determinazione della politica britannica, in contrasto con una parte significativa della classe politica, esso non è certo l'unico e almeno fino alla metà del XIX secolo l'influenza dei monarchi sulle principali scelte politiche rimase significativa: si pensi all'opposizione di Giorgio III all'emancipazione dei cattolici, che nel 1801 portò alla caduta di Pitt; al ruolo di catalizzatore dell'opposizione che fino agli anni venti fu svolto dal Principe ereditario; alla sostituzione di Melbourne con Wellington e Peel da parte di Guglielmo IV nel 1834; alla crisi della *bedchamber* che nel 1839 – già sotto la regina Vittoria – impedì la formazione di un nuovo governo Peel e mantenne il dimissionario Melbourne al potere; e forse anche alla partecipazione relativamente attiva alla politica da parte della regina Vittoria finché visse il Principe consorte, che svolgeva un ruolo strategico in questo campo (per alcuni di questi esempi v. K.L.P. MARTIN, *The Influence of the Crown*, cit., 339; in generale su queste vicende v. A. BRIGGS, *The Age of Improvement 1783-1867*, cit., passim).

¹⁹¹ Del resto, come osserva K.L.P. MARTIN, *The Influence of the Crown*, cit., 339, nel 1840 anche in Gran Bretagna «it had hardly yet become a convention of the constitution that the monarch must be neutral in domestic politics».

¹⁹² W.S. WALLACE, *History, Constitutional*, in *The Encyclopedia of Canada*, vol. III, Toronto 1848, 150. Secondo J.L. MORISON, *British Supremacy*, cit., 88, «the ideal [Sydenham] set for himself was a combination of governor and prime minister».

¹⁹³ Con i quail Sydenham intendeva comporre una sorta di «Cabinet of all talents», per riprendere una definizione di J.L. MORISON, *British Supremacy*, cit., 111, che richiama il governo inglese del 1806-07.

rifutata perché rivolta ad un individuo e non al suo partito – escludeva dal governo della provincia i rappresentanti del gruppo più numeroso¹⁹⁴.

7.2. Bagot: l'apertura al gruppo francofono e l'acquiescenza alla maggioranza parlamentare riformista

In ogni caso, la prematura morte di Lord Sydenham nel settembre 1841 impedì di verificare la tenuta del «sistema» da lui costruito, che era messo in pericolo sia dallo sgretolamento della maggioranza parlamentare¹⁹⁵ uscita dalle elezioni del 1841, sia dai contatti fra i riformisti dell'Alto Canada ed i liberali del Basso Canada¹⁹⁶, che avrebbero spezzato l'isolamento del più numeroso gruppo politico francofono, creando gradualmente un «anglo-french reforming bloc»¹⁹⁷.

Il nuovo governatore, sir Charles Bagot, arrivò in Canada con istruzioni che lo invitavano a proseguire nella strategia politica di Sydenham, ma si trovò ben presto di fronte al rischio di una censura parlamentare nei confronti dei ministri¹⁹⁸. Pertanto, nel novembre 1842 Bagot chiamò al governo Baldwin e LaFontaine, *leaders* dei riformisti rispettivamente dell'Alto e del Basso Canada, pur mantenendo in carica alcuni ministri conservatori (e dunque senza procedere ad una sostituzione integrale del ministero).

Alcuni *leaders* politici canadesi e una parte dell'opinione pubblica (seguiti in questo da alcuni storici¹⁹⁹) ritennero in tal modo riconosciuto il principio del *responsible government*²⁰⁰, ma il risultato non si rivelò del tutto acquisito. Più che una compiuta affermazione del governo parlamentare si può registrare la fine dell'ostracismo del rappresentante del

¹⁹⁴ Secondo J.L. MORISON, *British Supremacy*, cit., 59, «French Canada found itself represented by a party, over twenty in number, the most compact in the House of Assembly, and with la *nation canadienne* solidly behind them».

¹⁹⁵ J.L. MORISON, *British Supremacy*, cit., 141.

¹⁹⁶ Sulla base di tali contatti, il 12 giugno 1841 Baldwin aveva scritto a Sydenham che era necessario formare un governo omogeneo, composto dai riformisti delle due sezioni della Provincia: J.L. MORISON, *British Supremacy*, cit., 113.

¹⁹⁷ J.L. MORISON, *British Supremacy*, cit., 65, il quale giudica questo fatto «one of the most notable developments in Canadian political life».

¹⁹⁸ J.L. MORISON, *British Supremacy*, cit., 146.

¹⁹⁹ S. LEACOCK, *Baldwin, Lafontaine, Hincks: Responsible Government*, Toronto 1907, 141-144.

²⁰⁰ Affermò Baldwin nel 1842: «The great principle of responsibility is formally and solemnly recognized by the representative of the Crown, and sealed with the approbation of the Assembly» (cit. da W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, cit., 225).

governo britannico nei confronti della maggioranza francese del Basso Canada, a cinque anni dalla ribellione del 1837.

7.3. Metcalfe: il ritorno all'attivismo del governatore

Nel 1843, in effetti, dopo la morte di Bagot e l'arrivo del suo successore, sir Charles Metcalfe, i ministri si trovarono in contrasto con il nuovo Governatore circa l'omogeneità dell'Esecutivo e il controllo dei già citati poteri di nomina (il c.d. *patronage*). Metcalfe – in continuità, da questo punto di vista, con l'impostazione di Sydenham – professava la sua fedeltà alle risoluzioni Harrison sul *responsible government*²⁰¹ e riconosceva che i ministri non avrebbero potuto restare al potere se avessero perso la maggioranza nell'Assemblea legislativa, ma contestava di essere tenuto ad agire in ogni caso sulla base di un *advice* ministeriale, in particolare nell'esercizio dei poteri di nomina²⁰². Metcalfe, inoltre, rifiutava il governo di partito²⁰³ e intendeva scegliere i suoi ministri fra gli esponenti di forze politiche diverse²⁰⁴.

Per questi motivi, il 27 novembre 1843 Baldwin e LaFontaine si dimisero assieme a tutti i componenti del ministero, escluso Daly²⁰⁵. Nonostante che la Camera avesse subito dopo confermato la sua fiducia nei ministri dimissionari²⁰⁶, Metcalfe non utilizzò il rimedio costituzionalmente appropriato alla luce di principi del regime parlamentare, vale a dire il potere di scioglimento, ma si limitò a prorogare la Camera e, dopo due settimane in cui il ministero fu composto dal solo Daly, lo integrò il 13 dicembre 1843 con due leaders delle due «sezioni» della Provincia, Draper e Vigier²⁰⁷, in una formazione ministeriale definita come «provvisoria». La formazione del nuovo governo fu completata solo il 3 settembre 1844 e la Camera fu sciolta il 23 settembre successivo.

²⁰¹ L.P. TURCOTTE, *Le Canada dans l'Union*, cit., 161.

²⁰² L.O. DAVID, *L'union des deux Canadas*, Montréal 1898, 48.

²⁰³ Secondo J.L. MORISON, *British Supremacy*, cit., 167, «Metcalfe had come to identify party divisions with factiousness».

²⁰⁴ R.W. LANGSTONE, *Responsible Government in Canada*, cit., 140, ove si riporta la seguente affermazione di Metcalfe: «I should endeavour to conciliate and bring together the good men of all parties and to win the confidence and co-operation of the legislative bodies by measures calculated to promote the general welfare in accordance with public feeling».

²⁰⁵ Su questa vicenda si v. l'attenta ricostruzione di J. MONET, *La crise Metcalfe and the Montreal election 1843-1844*, in *Canadian Historical Review*, 1963, 1 ss.

²⁰⁶ L.P. TURCOTTE, *Le Canada dans l'Union*, cit., 154-155: i voti favorevoli ai ministri furono 46 contro 23.

²⁰⁷ L.P. TURCOTTE, *Le Canada dans l'Union*, cit., 157.

Metcalfè tornò dunque alla strategia di appoggiarsi ai gruppi lealisti, contrapponendosi all'Assemblea e, servendosi del *patronage* come base per costruire un «partito» fedele alla Corona, che sostenesse il governo nell'Assemblea legislativa, riuscì, sia pure in modo effimero, ad avere ragione, nelle elezioni anticipate del novembre 1844, delle forze politiche che avevano sostenuto Baldwin e Lafontaine fino all'anno prima²⁰⁸.

Dal punto di vista della logica del regime parlamentare, la crisi Metcalfè solleva una serie di perplessità in quanto il governatore non reagì immediatamente alla crisi con lo scioglimento, ma attese un anno per ridare la parola all'elettorato. Se, invece, ci si muove in un'ottica in cui la responsabilità politica del governo verso la Camera elettiva è ritenuta in ultima analisi decisiva, ma senza che ciò impedisca all'esecutivo di prescindere temporaneamente – in maniera simile a quanto accadde in Inghilterra con la celebre crisi del governo di coalizione Fox-North e con la formazione del governo Pitt, che rimase al potere vari mesi prima di convocare nuove elezioni, malgrado vari voti di sfiducia²⁰⁹ – allora la crisi Metcalfè può essere ritenuta compatibile col *responsible government*²¹⁰. Ma si trattava, evidentemente, di una nozione di «governo responsabile» che lasciava all'esecutivo (Corona e ministri) margini di valutazione assai ampi riguardo all'operatività della responsabilità politica e che dall'altro «esponneva» il Capo dello Stato (o il suo equivalente funzionale) in maniera assai rischiosa.

Tuttavia sia la nuova maggioranza, sia i ministri si rivelarono uniti solo nel sostegno al governatore e nel lealismo verso la Corona: i membri dell'*Executive Council* erano infatti divisi fra loro e non ave-

²⁰⁸ Metcalfè riteneva di poter contare di una maggioranza di 46 deputati contro 28 nella nuova Assemblea, ma J.L. MORISON, *British Supremacy*, cit., 180, ritiene che essa (composta di *tories* dell'Alto Canada e di deputati inglesi del Basso Canada) non avesse un margine superiore a sei deputati. In ogni caso, secondo W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, cit., 230, «in making the last attempt by a representative of the Crown actually to govern, he proved the impossibility of doing so».

²⁰⁹ Su questo celebre episodio della storia costituzionale inglese si v. A. BRIGGS, *The Age of Improvement*, cit., 77 ss. e *supra* nota 190.

²¹⁰ Secondo K.L.P. MARTIN, *The influence of the Crown*, cit., 340, alla luce della prassi costituzionale britannica degli anni quaranta del XIX secolo, «the struggle that existed in Canada with regard to the position of the governor was perfectly natural. The colonial governor stood in the position of the Crown in England during the reign of William IV. It was not to be expected that the representative of the Crown in the colonies would exercise less practical influence than the monarch did at home. The attitude adopted by Sydenham and Metcalfè was the logical development of what was meant by Durham to be responsible government. Experience soon proved that it was unworkable in practice».

vano l'effettivo sostegno dell'Assemblea, mentre le forze di opposizione erano ostili non solo ai ministri, ma al Governatore ed all'esecutivo inglese²¹¹. E la debolezza della nuova maggioranza fu visibile sin dalla elezione del nuovo *Speaker*, nella quale il candidato ministeriale sir Allan MacNab fu eletto con appena tre voti di scarto sul candidato liberale Morin²¹². Peraltro, poiché il ministero Draper-Viger riuscì ad evitare sconfitte parlamentari durante tutto questo periodo, si potrebbe in effetti sostenere che il principio della responsabilità ministeriale non sia mai stato radicalmente abbandonato e lo stesso Draper, al momento del suo ritiro della vita politica, nel 1847, professò di essere rimasto fedele al principio del *responsible government*. La crisi Metcalfe, in ogni caso, dimostra che il *responsible government* poggiava ancora su basi fragili ed aveva contorni almeno in parte indefiniti: si trattava piuttosto di un ibrido fra una monarchia costituzionale pura e un regime parlamentare dualista.

7.4. *Elgin: il riconoscimento del responsible government ad immagine della Costituzione britannica*

Nel Canada unito, la svolta definitiva fu comunque segnata dall'arrivo, nel 1847, del nuovo Governatore Generale, Lord Elgin (genere di Lord Durham), al quale il *Colonial Office* di Londra (diretto in quel momento da William Howick, 3° earl of Grey,²¹³ nell'esecutivo liberale guidato da John Russell, che si era costituito nel 1846 dopo la caduta di Peel) diede istruzione di nominare ministri espressi dalla maggioranza dell'Assemblea legislativa e responsabili davanti ad essa e di agire sulla base delle proposte ministeriali²¹⁴. Dopo le elezioni generali del 1848, Morin venne eletto *Speaker*²¹⁵ e subito dopo il governo conservatore Sherwood-

²¹¹ R.W. LANGSTONE, *Responsible Government in Canada*, cit., 150-151.

²¹² L.O. DAVID, *L'Union*, cit., 61.

²¹³ Figlio del Grey che aveva governato l'Inghilterra durante la prima grande riforma elettorale (1830-34), Howick era stato sottosegretario alle Colonie nel ministero guidato dal padre e già nei primi anni trenta aveva sostenuto una linea politica riformatrice circa il governo del Canada.

²¹⁴ J.-J. CHEVALLIER, *De la distinction britannique entre la «Convention constitutionnelles» et le «Droit légal», et de son rôle dans l'évolution du Statut de Dominion*, in *Études en l'honneur de George Scelle*, I, LGDJ, Paris 1950, 185 vede nel dispaccio del governo britannico recante istruzioni al Governatore un esempio di quegli *understandings* in cui consistono le convenzioni costituzionali, sottolineandone la natura di «accordo».

²¹⁵ L.O. DAVID, *L'Union*, cit., 83.

Daly²¹⁶ – che era subentrato al governo Draper e già nella sessione di giugno-luglio 1847 e aveva subito ripetute sconfitte parlamentari – fu battuto nel voto su un emendamento presentato da Baldwin all'indirizzo di risposta al discorso della Corona all'apertura della sessione parlamentare del febbraio 1848.

Lord Elgin chiamò quindi LaFontaine e Baldwin a formare un esecutivo totalmente nuovo, espressione della maggioranza parlamentare eletta pochi mesi prima, segnando così la piena (e questa volta definitiva) affermazione del *responsible government* nella principale colonia del Nord America Britannico²¹⁷ ed al tempo stesso l'accettazione dei partiti come base della composizione dei governi canadesi²¹⁸. L'anno seguente, concedendo il *Royal Assent* alla legge che indennizzava le vittime della ribellione del 1837-38 nel Lower Canada (la c.d. *Rebellion loss bill*, aspramente contestata dai *tories* dell'Upper Canada) Lord Elgin confermò in un momento particolarmente difficile e su una questione assai controversa la sua fedeltà ai principi del *responsible government* e la sua interpretazione del ruolo del Governatore come di un moderatore *super partes*. Secondo Lord Elgin, infatti

«vi è più spazio per l'influenza del Governatore nel mio sistema di quanto ve ne sia mai stato in precedenza. Si tratta tuttavia di una influenza interamente morale, di persuasione, di simpatia e di moderazione, che ammorbidisce il temperamento e al tempo stesso innalza la prospettiva della politica locale. Mentre il governo ed il parlamento imperiale rinunciano gradualmente all'interferenza legislativa e all'esercizio del *patronage* negli affari coloniali, l'ufficio di Governatore tende a diventare, nel senso più empatico del termine, il legame che connette la Madrepatria e la Colonia, e la sua influenza diventa il mezzo attraverso cui l'armonia di azione fra le autorità locali e imperiali deve essere preservata. E' mediante l'accettazione formale delle condizioni del sistema parlamentare che questa influenza può essere estesa e confermata più sicuramente. Collocata dalla sua posizione al di sopra della

²¹⁶ Sherwood era subentrato a Draper dopo il suo ritiro dalla vita politica alla fine del 1847; Daly aveva rappresentato il Basso Canada (anche se solo una minoranza della rappresentanza parlamentare di questa parte della Colonia lo sosteneva) in buona parte dei governi degli anni quaranta.

²¹⁷ Per una disamina critica di queste vicende v. S. LEACOCK, *Responsible Government in the British Colonial System*, in *The American Political Science Review*, I (1907), n. 3, 355 ss., spec. 390 e P.A. BUCKNER, *The Transition to Responsible Government in British North America 1815-1850*, Westport-Conn./London 1985.

²¹⁸ Nota giustamente D.L. KEIR, *The Constitutional History of Modern Britain since 1485*, IX ed., New York 1969, 445 che Elgin «frankly accepted party as the basis for the Canadian ministry».

lotta fra i partiti, occupando la propria posizione in un modo meno precario di quello dei ministri che lo circondano, senza interesse politico a servire altro che non sia l'interesse della comunità i cui affari viene nominato per amministrare, la sua opinione non può non avere grande peso nei Consigli coloniali, quando ogni ragione di sospetto e di gelosia viene rimossa, mentre egli è posto in condizione di costituirsi come il patrono di interessi più ampi e più alti – interessi, ad es., come quelli dell'educazione, del progresso materiale e morale in tutti i campi, che uniscono i membri del corpo politico, mentre la lotta di partito divide»²¹⁹.

Questa evoluzione costituzionale così importante per la storia successiva non solo del Canada, ma anche delle altre colonie britanniche²²⁰ – in virtù della quale «a colonial constitution had become the very image and reflection of parliamentary government in England»²²¹ – avvenne dunque in maniera pacifica e duratura proprio mentre il «Great European Uprising» del 1848 faceva registrare nel Vecchio continente conflitti sanguinosi che non produssero risultati costituzionali destinati, nell'immediato, a consolidarsi²²².

²¹⁹ Per questa citazione si v. W. LEGGO, *History*, 46. Nello stesso spirito si v. anche la lettera del segretario britannico alle Colonie, Edward Bulwer-Lytton al Governatore del Queensland George Bowen, citata da A. TODD, *The Parliamentary Government in the British Colonies*, cit., 575-576. Per un giudizio analogo sugli effetti del *responsible government* («as the crown has gained in... popularity what it has lost in power – so has the mothercountry, in accepting to the full the principles of local self-government, established the closest relation of amity and confidence between herself and the colonies») v. T. ERSKINE MAY, *Constitutional History of England*, cit., 534. Per una valutazione analoga, relativa al ruolo di magistratura di influenza acquisito dalle monarchie europee col passaggio al regime parlamentare, cfr. M. PRÉLOT, *Prefazione*, a R. FUSILIER, *Les monarchies parlementaires*, Paris 1960, 15.

Ovviamente, gli elementi di frizione derivanti dalla doppia posizione del governatore non scomparvero, e alcuni decenni dopo un titolare della carica, Lord Dufferin, avrebbe paragonato il suo ruolo a quello di «a man riding two horses in a circus»: v. la lettera privata di Dufferin del 18.9.1874 al *Colonial Secretary* Lord Carnarvon, in C.W. DE KIEWET, F.H. UNDERHILL (a cura di), *Dufferin-Carnarvon Correspondence*, Toronto 1955, 74.

²²⁰ A. TODD, *The Parliamentary Government in the British Colonies*, cit., 25, osserva che si era verificata una «wise adaptation of British constitutional principles to colonial polity».

²²¹ T. ERSKINE MAY, *Constitutional History of England*, II, cit., 534.

²²² Il contrasto col 1848 europeo è sottolineato da L. MASSICOTTE, F.L. SEIDLE (a cura di), *Taking Stock of 150 years of Responsible Government in Canada*, Ottawa 1993, 8-9, i quali ragionano per il Canada di una «velvet revolution». Già R. BORDEN, *The Commonwealth and Canada*, Toronto 1929, 83, aveva parlato del 1848 canadese come di una «bloodless revolution».

7.5. *Il responsible government nelle altre colonie britanniche dell'America del Nord*

Vicende analoghe – sia pure senza l'incognita rappresentata dalla componente francofona²²³ – si erano svolte, negli stessi anni, nelle altre colonie britanniche del Nord America²²⁴, in particolare in Nova Scotia, ove una lotta simile a quella dei due Canada aveva contrapposto i riformatori, guidati da Joseph Howe²²⁵ al governatore della Colonia, nominato dal Governo imperiale.

In Nova Scotia il *responsible government* venne riconosciuto in un dispaccio del Ministro britannico delle Colonie Lord Grey al Governatore John Harvey – datato 3 novembre 1846 ed inizialmente mantenuto confidenziale – nel quale si affermava che «non è né possibile né desiderabile condurre il governo delle colonie britanniche dell'America settentrionale in opposizione all'opinione degli abitanti»²²⁶.

Di conseguenza Grey invitava Harvey da un lato a scegliere come ministri coloro che godessero della fiducia dell'Assemblea legislativa e a sostituirli solo quando tale fiducia fosse venuta meno; dall'altro concordava con lo stesso Harvey che il ruolo del Governatore dovesse essere quello di un moderatore fra i vari partiti, senza identificarsi con nessuno di essi.

Tuttavia, fra il 1846 ed il 1848 i conservatori della Nova Scotia e lo stesso governatore Harvey tentarono di dare del *responsible government* un'interpretazione diversa da quella che sarebbe poi prevalsa: essi rifiutavano cioè il governo di partito (*party responsible government*), vale a dire il principio che l'esecutivo dovesse essere guidato dai leaders del partito risultato maggioritario nelle elezioni, e ritenevano invece che il governatore dovesse operare come un mediatore tra le forze politiche, per indurle a formare governi di coalizione tra di esse²²⁷. I liberali, guidati

²²³ I gruppi francofoni in Acadia (New Brunswick e Nova Scotia) non erano infatti maggioritari, come accadeva invece in Québec.

²²⁴ Per quanto attiene al New Brunswick, si v. W.S. MACNUTT, *The Coming of Responsible Government in New Brunswick*, in *Canadian Historical Review*, 1952, 111 ss.

²²⁵ Sulla concezione del *responsible government* di Joseph Howe (per alcuni aspetti diversa dal modello poi consolidatosi nell'esperienza canadese, soprattutto durante il XX secolo), si v. J. SMITH, *Responsible Government and Democracy*, in F.L. SEIDLE, L. MASSICOTTE (a cura di), *Taking stock*, cit., 21 e ss. Cfr. inoltre W. ROSS LIVINGSTONE, *The First Responsible Party Government in British North America*, in *Canadian Historical Review*, 1926, 115 ss.

²²⁶ Cfr. il testo del *dispatch* in W.P.M. KENNEDY, *Statutes*, cit., 570-578.

²²⁷ Harvey aveva utilizzato con successo questo metodo negli anni precedenti, in qualità di *Lieutenant Governor* del New Brunswick e di Newfoundland ed intendeva

da Howe, rifiutarono nel 1847 di entrare nel Consiglio esecutivo assieme ai conservatori e di formare una coalizione con essi²²⁸ e tentarono con successo di regolare la questione dell'interpretazione del *responsible government* mediante le elezioni, che si tennero alla fine del 1847 e nelle quali i liberali – i quali si presentavano come alternativa all'esecutivo allora in carica e come «campioni» del *responsible government* – prevalsero in 12 contee su 17²²⁹. La neo-eletta Assemblea rappresentativa della Nova Scotia espresse nel gennaio 1848 la sua sfiducia verso il Consiglio esecutivo allora esistente e, dopo le dimissioni dei componenti di questo, il governatore nominò un nuovo esecutivo provinciale, guidato da Howe²³⁰. In tal modo, il principio secondo cui il Governatore avrebbe scelto dei ministri espressi dalla maggioranza dell'Assemblea legislativa sulla base di una logica di partito fu implementato in Nova Scotia, secondo alcuni per la prima volta fuori dalla Gran Bretagna²³¹.

8. Alcune conclusioni

Anche la circostanza che il cambiamento non fosse stato prodotto mediante un solenne atto costituzionale, ma in via di evoluzione della prassi politica²³², avrebbe segnato la storia costituzionale canadese. Massicotte e Seidle hanno sottolineato in maniera molto chiara questo aspetto:

«Anche la procedura utilizzata per ottenere il *responsible government* fu un'ispirazione. Il cambiamento non fu realizzato con uno di quei documenti

riprodurre questa pratica in Nova Scotia, ove, a suo avviso, le piccole dimensioni della colonia e le sue limitate risorse non avrebbero consentito il *party government* (W. ROSS LIVINGSTONE, *The first responsible party government*, cit., 116).

²²⁸ W. ROSS LIVINGSTONE, *The first responsible party government*, cit., 124.

²²⁹ W. ROSS LIVINGSTONE, *The first responsible party government*, cit., 132.

²³⁰ W. ROSS LIVINGSTONE, *The first responsible party government*, cit., 133.

²³¹ L. MASSICOTTE, F.L. SEIDLE, *Introduction*, in L. MASSICOTTE, F. L. SEIDLE (a cura di), *Taking stock*, cit., 8. Cfr. anche J.M. WARD, *Colonial Self-Government. The British Experience 1759-1856*, Toronto & Buffalo 1976, 247.

²³² A. BRADY, *Democracy in the Dominions*, cit., 5, osservava che «these principles were introduced in the colonies by convention and precedent rather than by statute». A. TODD, *The Parliamentary Government in the British Colonies*, cit., 25-26, sottolineava come «the gradual introduction of the principle of self-government in all matters of local concern» che culminò nel *responsible government* – basato sulla scelta, compiuta alla metà del XIX secolo da ministri britannici sia liberali che conservatori di estendere «to the most distant part of the empire the full benefits of the British Constitution» – non richiese l'adozione di norme legislative.

solenni e altisonanti che sanzionano, e in alcuni casi proclamano, la vittoria di una parte e la sconfitta dell'altra. Esso, piuttosto, prese la forma di un accordo, di una delle regole non scritte basate sull'accettazione generale da parte degli operatori politici, la cui importanza sarebbe stata enfatizzata dalla Corte suprema del Canada nel suo giudizio sulla *patriation* nel 1981. Ancora oggi, la nostra Costituzione è scritta come se la Corona fosse la forza motrice istituzionale, ma questo aspetto oligarchico è svuotato di ogni effettivo significato dalle convenzioni stabilite nel 1848. Il governo è responsabile davanti all'assemblea elettiva, gli elettori conferiscono il potere a coloro che li governano, e la Corona si vede limitata a conferire la sua autorità alle decisioni adottate dai rappresentanti eletti dal popolo. Per coloro che sono contrariati dalla prospettiva di un Paese legato ad una procedura di revisione costituzionale troppo rigida e apparentemente incapace di raggiungere i compromessi che alcuni ritengono essenziali al suo benessere e forse alla sua sopravvivenza, il 1848 rende presente la prospettiva di realizzare riforme importanti attraverso mezzi informali, qualcosa che alcuni vedono come il principale patrimonio del sistema parlamentare»²³³.

Per quanto attiene alla forma di governo, le linee principali della successiva evoluzione costituzionale del Canada erano dunque stabilite. Molto sarebbe ancora cambiato dopo il 1848 e le contraddizioni derivanti dal dualismo anglo-francese e dalla relazione coloniale con la Gran Bretagna avrebbero continuato a segnare in profondità il ventennio successivo al compromesso costituzionale non scritto stabilizzatosi nel 1848, culminando, in particolare, nella fondazione di una organizzazione federale a livello pan-canadese nel 1867. Ma il governo parlamentare di partito affermatosi nel 1848 sarebbe rimasto il calco entro il quale l'organizzazione politica canadese si sarebbe modellata in seguito. Se è di sicuro interesse interrogarsi sulle evoluzioni interne che hanno interessato il regime parlamentare canadese nei 170 anni da allora trascorsi, sia la forma (convenzionale e in larga misura non scritta), sia la sua struttura di fondo sarebbero giunti con alterazioni nel complesso non essenziali al Canada multiculturale del ventunesimo secolo.

²³³ L. MASSICOTTE, F. L. SEIDLE, *Introduction*, cit., 13-14. Joseph Howe, da parte sua, rivendicava ai liberali della Nova Scotia di aver realizzato una «revolution without bloodshed» (si v. la lettera a Buller del 12 febbraio 1848, citata da W. ROSS LIVINGSTONE, *The first responsible party government*, cit., 134).

LA NUOVA NOZIONE
DI COMPORTAMENTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. La nozione di comportamento amministrativo nel quadro tradizionale. – 2. L'evoluzione del quadro tradizionale. – 3. Decisione amministrativa e sua manifestazione. – 4. Verso una nuova nozione di comportamento amministrativo.

1. *La nozione di comportamento amministrativo nel quadro tradizionale*

Nel diritto amministrativo tradizionale la nozione di comportamento viene impiegata in diverse accezioni.

Nella più precisa definizione di operazione, il comportamento identifica un'attività materiale ma non necessariamente tale, in rapporto di strumentalità con il provvedimento conclusivo del procedimento¹. Il rapporto di strumentalità può emergere nella fase successiva all'adozione del provvedimento nelle ipotesi in cui l'operazione garantisce la concreta realizzazione degli effetti giuridici, ovvero nella fase anteriore nei casi in cui l'operazione si identifica con un'attività propedeutica all'adozio-

¹ Per approfondimenti sulla nozione di operazione, intesa come attività in rapporto di strumentalità con il provvedimento o comunque con l'esercizio del potere, si veda B. GRAZIOSI, *Note per una definizione delle "operazioni amministrative"*, in *Rass. dir. Pubbl.*, 1969, 499 ss; G. SALA, *Operazione amministrativa*, in *Digesto disc. pubbl.*, Torino 1995, X, 319 ss. È bene precisare che in un'accezione originaria risalente ai primi decenni del novecento, e fino alla definitiva sistemazione della teoria del procedimento operata da Sandulli, il termine viene inteso come sinonimo di procedimento, con derivazione più o meno fedele dalla nozione francese di *operation administrative* (si vedano al riguardo i rilievi di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1959, Ristampa dell'edizione del 1940, 24 ss). Più di recente, il concetto di operazione è stato utilizzato per indicare l'insieme dei procedimenti posti in essere da diversi soggetti per il raggiungimento di un unico risultato pratico (D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli 2005; ID., *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino 2002).

ne del provvedimento. Si pensi all'abbattimento di un muro a fronte di un ordine di demolizione, oppure ad un accertamento tecnico disposto nell'ambito di un procedimento volto a contestare un abuso edilizio.

In una seconda accezione, l'espressione comportamento, talvolta preceduta dall'espressione "mero", viene utilizzata per qualificare un'azione che non esprime un potere propriamente dispositivo dell'interesse pubblico, ma che è compiuta nell'adempimento di un dovere dell'ufficio, nell'erogazione di un servizio oppure nell'ambito della capacità di diritto privato dell'amministrazione, con esclusione delle ipotesi in cui lo strumento negoziale sia utilizzato per l'esercizio di un potere propriamente inteso volto alla cura dell'interesse generale. Viene, ad esempio, definita in termini di mero comportamento l'attività dell'ente locale di riparazione della strada, ma non la convenzione di lottizzazione².

In un'altra accezione, più largamente utilizzata, la nozione di comportamento indica un'azione della pubblica amministrazione, materiale ma non necessariamente tale, svoltasi al di fuori del principio di legalità o comunque in contrasto con le previsioni di legge che tipizzano l'esercizio del potere. Il riferimento è alle note figure del comportamento senza potere, nelle diverse declinazioni della carenza in astratto e in concreto³.

Infine, in un'ultima accezione in realtà marginale, l'espressione comportamento viene talvolta utilizzata anche per indicare la manifestazione di un potere dispositivo del pubblico interesse. Ciò avviene quando il comportamento, inteso nella sua dimensione di fatto materiale, s'identifici esso stesso nella manifestazione di volontà dell'amministrazione⁴.

² G. SALA, *Operazione amministrativa*, cit., 323.

³ Come noto, la nozione di comportamento senza potere viene elaborata sul finire degli anni quaranta dalla giurisprudenza della Cassazione con lo scopo di estendere la giurisdizione ordinaria ad ipotesi in cui l'amministrazione abbia agito al di fuori della potestà normativamente attribuita – c.d. carenza in astratto. Nella successiva evoluzione giurisprudenziale, la nozione originaria si arricchisce di ipotesi – c.d. carenza in concreto – in cui il potere sia previsto dalla norma ma venga esercitato in difetto dei presupposti normativamente stabiliti. Il caso più comune riguarda l'adozione del provvedimento espropriativo in assenza di dichiarazione di pubblica utilità

⁴ Per inquadrare il fenomeno la dottrina ricorre variamente alle espressioni di comportamento concludente, atto-comportamento, atto implicito, comportamento equivalente a provvedimento. Si veda al riguardo, U. FRAGOLA, *La dichiarazione tacita di volontà della pubblica amministrazione*, Napoli 1938.; ID. *Natura e condizioni dell'atto-comportamento della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1936, 188 ss.; ID., *Atti e comportamenti amministrativi equivalenti*, in *Foro amm.*, 1937, 81 ss.; ID., *Gli atti amministrativi*, Seconda edizione, Napoli 1964; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1993, 339; B. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano 2000, 791 ss.; N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali pro-*

Tra i pochi esempi vale menzionare il riconoscimento per *facta concludentia* della demanialità di un bene, come nel caso in cui vengano rimossi ostacoli che fino a quel momento impedivano l'accesso al pubblico e il transito sulla strada⁵. Un'altra ipotesi tradizionale, variamente esaminata dalla più risalente giurisprudenza, riguarda la notificazione del parere negativo della commissione edilizia da cui dedurre il rigetto della domanda di concessione.

Da tenere distinti sono i casi in cui è l'ordinamento a ricollegare ad un determinato comportamento materiale effetti analoghi a quelli che si producono con l'adozione di un provvedimento. Oltre all'ipotesi generale del silenzio significativo sulla quale si tornerà più ampiamente in seguito, gli esempi tradizionali, in realtà alquanto marginali, sono rappresentati dalla segnalazione a braccia del vigile o nelle tre distinte formali intimazioni, preceduta ognuna da uno squillo di tromba, che decretano lo scioglimento delle riunioni in luogo pubblico⁶.

Già da queste poche e non esaustive considerazioni emerge una nozione di comportamento nettamente distinta dalla nozione di provvedimento e, con l'eccezione delle operazioni e dei comportamenti concludenti, tendenzialmente estranea all'esercizio del potere. Diversità e irriducibilità si riflettono anche sul piano processuale. A differenza del provvedimento, il comportamento è solitamente attratto nella competenza del giudice ordinario, poiché, nella maggior parte dei casi, i comportamenti lesivi del diritto consistono in azioni compiute nell'esercizio della capacità generale o in fatti materiali incapaci *ab origine* di rivelare l'esercizio del potere. In queste ipotesi, proprio in quanto il comportamento s'identifica in un'azione irriducibile al potere, il giudice ordinario non soggiace ai limiti interni operanti nei confronti dell'amministrazione, ai quali invece è vincolato quando la cognizione investa sia pure incidentalmente un atto o

duttivi di effetti giuridici, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Seconda edizione, Torino 2011, 454 ss.; E. ZAMPETTI, *Comportamenti amministrativi e principi di buona amministrazione*, in *L'interesse pubblico e tra politica e amministrazione*, volume II, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, Napoli 2010, 287 ss.; ID., *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino 2012.

⁵ E. Guicciardi, *Il demanio*, Padova, 1934, 182 ss.; tra la dottrina più recente cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I beni pubblici e d'interesse pubblico*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di) *Diritto Amministrativo*, Bologna 2005, 205 ss.; F. FRANCIARIO, *Il regime giuridico di cave e torbiere*, Milano 1997; A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino 2008, 639 ss.

⁶ V. art. 23 R.D. 18.6.1931 n. 773 "Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza".

un provvedimento, oppure, più raramente, una cd. operazione strumentalmente collegata all'esercizio del potere⁷.

2. *L'evoluzione del quadro tradizionale*

L'evoluzione dell'ordinamento offre alcuni, significativi, elementi di novità che di seguito si riassumono sinteticamente.

Un primo aspetto riguarda la rilevanza progressivamente assunta dall'attività amministrativa nel suo complesso. Decisivi sotto questo profilo sono i concetti di procedimento e di funzione, che, nel focalizzare l'attenzione sui momenti anteriori e prodromici all'adozione del provvedimento, rappresentano il punto di partenza per una prima riflessione sulla possibile unitarietà del regime giuridico dell'attività, a prescindere dalla specifica disciplina degli atti attraverso cui il potere amministrativo si manifesta all'esterno⁸. Più di recente, la rilevanza dell'attività si correla

⁷ Come noto, la norma sui limiti interni è l'articolo 4 della legge del 1865: "quando la contestazione cada sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto nel giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali per quanto riguarda il caso deciso". Per approfondimenti si rinvia in particolare a V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, Milano 1901, 633 ss.; G. VACHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, Milano 1901, 223 ss.; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano 1910, 649 ss.; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano 1905, 173 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, VII edizione, Milano 1954, 150 ss.; F. SATTA, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 624 ss.; *Giustizia amministrativa*, Padova 1996, 5 e ss.; E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano 1964, 70; L. MONTESANO, *La condanna nel processo civile*, Napoli 1957; ID., *Processo civile e pubblica amministrazione*, in *Trattato del processo civile*, diretto da F. Carnelutti, Napoli 1960; F. FRANCIARIO, *Forme e tecniche di tutela del diritto soggettivo nei confronti della P.A.*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di S. Mazzamuto), Napoli 1989, 977 ss.

⁸ Punti di riferimento per l'elaborazione dei concetti di procedimento e funzione sono rispettivamente gli studi di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1959, Ristampa dell'edizione del 1940 e F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, 1952, ora anche in *Scritti giuridici*, Milano 2006; ID., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, ora anche in *Scritti giuridici*, Milano 2006; ID., *Funzione (Teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Roma 1989. Sul tema generale della rilevanza dell'attività, si veda in particolare M.S. GIANNINI,

alla generale risarcibilità dell'interesse legittimo e alla connessa attribuzione al giudice amministrativo del potere di disporre il risarcimento del danno⁹. Nella misura in cui il giudice è chiamato a verificare la liceità della condotta dell'amministrazione, il parametro di riferimento non è più l'atto isolatamente considerato ma il comportamento complessivo, così che una condotta illecita non necessariamente presuppone un atto illegittimo ben potendo coesistere anche con un atto legittimo¹⁰. La rilevanza in questo senso dell'attività assume un significato ancora più marcato con la caduta della c.d. pregiudizialità amministrativa che, recepita formalmente dal codice del processo amministrativo, consente ormai al giudice amministrativo di sindacare la liceità della condotta anche se non sia stata proposta la domanda di annullamento¹¹.

In virtù di più recenti interventi legislativi, l'attività viene poi ad assumere rilievo anche a prescindere dalla possibile integrazione di un'ipotesi di responsabilità civile della pubblica amministrazione. Il riferimento è all'azione per l'efficienza delle pubblica amministrazione, la c.d. *class action* pubblica, disciplinata dal d.lgs. n. 189/2009, la quale si prefigge di eliminare i disservizi causati dall'amministrazione attraverso un sindacato che non è direttamente incentrato né sulla legittimità dei singoli provvedimenti né sulla liceità della condotta¹².

Attività amministrativa, in *Enc. dir.*, Milano 1958, 988; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir. Agg. I*, Milano 2000; B.G. MATTARELLA, *Attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano 2000.

⁹ Se la generale risarcibilità dell'interesse legittimo è stata affermata dalla Cassazione con la sentenza n. 500/1999, è il d.lgs. n. 80 del 1998 ad avere attribuito al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva nelle materie dell'edilizia, dell'urbanistica e dei servizi pubblici il potere di disporre il risarcimento del danno anche mediante la reintegrazione in forma specifica. Successivamente, la legge n. 205 del 2000 ha esteso tale potere alla giurisdizione di legittimità. Attualmente, il codice del processo amministrativo prevede che il giudice amministrativo possa disporre il risarcimento del danno, anche in assenza di una previa pronuncia di annullamento del provvedimento (articolo 30 c.p.a.).

¹⁰ Cass., Sez. Un., nn. 6594, 6595, 6596 del 23 aprile 2011, relative a casi in cui la pubblica amministrazione abbia annullato in autotutela un precedente provvedimento favorevole per il privato, causando in tal modo all'interessato dei pregiudizi in violazione dell'affidamento ingenerato dall'originaria determinazione. La lesione in questi casi non deriva dall'illegittimità dei provvedimenti di autotutela ma dal fatto che tali provvedimenti siano stati adottati e abbiano compromesso l'affidamento; A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.* 2/2004.

¹¹ Si veda articolo 30 del codice del processo amministrativo.

¹² L'articolo 1, co. 1, del d.lgs. n. 198/2009 riconosce ai titolari di interessi "giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori" la legittimazione ad agire innanzi al giudice amministrativo per "ripristinare il corretto svolgimento

Un secondo elemento di novità riguarda la tendenza variamente emersa nell'ordinamento a ridimensionare il ruolo del provvedimento nella produzione giuridica di diritto amministrativo, per riconoscere anche ad attività comportamentali – o comunque a tratti di azioni irriducibili al provvedimento – un potere più o meno dispositivo dell'interesse capace di determinare conseguenze giuridiche rilevanti all'esterno¹³. Il principale esempio di questa tendenza è costituito dalla generale applicabilità del silenzio assenso ai procedimenti ad istanza di parte prevista dalla novella del 2005 alla legge n. 241 del 1990, recentemente estesa dalla legge n. 124 del 2015 ai procedimenti amministrativi tra pubbliche amministrazioni¹⁴. Un altro esempio si rinviene nella disciplina in materia di segnalazione certificata d'inizio attività che, nelle sue continue evoluzioni e riscritture, ricollega pur sempre al mancato intervento inibitorio dell'amministrazione il consolidamento dell'attività avviata dal privato¹⁵. Altri casi possono individuarsi in alcuni atti endoprocedimentali dalla cui adozione già si determinano rilevanti conseguenze giuridiche¹⁶. Si pensi

della funzione” o la “corretta erogazione di un servizio”. L'attività oggetto del sindacato non si identifica qui in una singola azione materiale dell'amministrazione riconducibile o meno all'esercizio di un potere, piuttosto in un comportamento complessivamente inteso potenzialmente capace di esprimersi nelle forme più diverse e variegate.

¹³ Al riguardo, sia consentito rinviare a E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, cit., 138, ss.

¹⁴ La legge 7 agosto 2015 n. 124 ha introdotto l'articolo 17 bis nella legge 241 del 1990 estendendo la disciplina sul silenzio assenso ai casi in cui l'amministrazione procedente sia tenuta a richiedere alle altre amministrazioni interessate dal procedimento il rilascio di assensi, consensi o nulla osta di loro competenza. Più precisamente, la nuova norma di cui all'articolo 17 bis, rubricata “silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici”, delinea un meccanismo assimilabile all'istituto de silenzio assenso n forza del quale se l'amministrazione interessata non comunica l'assenso, il concerto o il nulla osta richiesto nel termine di trenta giorni, “lo stesso si intende acquisito”. La norma estende il meccanismo del silenzio assenso anche ai procedimenti in cui l'assenso, il concerto o il nulla osta debba essere rilasciato da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute, rivelando in ciò un significativo elemento di criticità. Sugli aspetti di criticità della nuova disciplina, E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni*, in S. TUCCILLO (a cura di), *Semplificare e liberalizzare*, Napoli 2016, 185 ss.

¹⁵ M.A. SANDULLI, *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) – artt. 19 e 21 l. n. 241 del 1990 s.m.i.*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano 2017, 215; ID., *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 16.9.2015; ID., *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *Federalismi.it*, 15 luglio 2015.

¹⁶ In tema, si veda A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli 2008.

all'atto di avvio del procedimento nella disciplina antitrust per effetto del quale, in un momento caratterizzato ancora dalla sommarietà dell'istruttoria, sorgono immediatamente in capo ai destinatari dei precisi obblighi di collaborazione procedimentale che, se non adempiuti, implicano l'applicazione di sanzioni pecuniarie¹⁷. Si pensi ancora alla disciplina in materia di programmi di clemenza, nell'ambito della quale è prevista la produzione di determinati effetti giuridici nei confronti del soggetto interessato pur a fronte dell'adozione di atti meramente preliminari, come quello che accoglie solo provvisoriamente la richiesta di clemenza formulata dall'impresa¹⁸. In via meno diretta, un altro caso può desumersi

¹⁷ Si veda art. 14 della legge 10 ottobre 1990 n. 287: co. 1 "l'Autorità, nei casi di presunta infrazione agli articoli 2 o 3, notifica l'apertura dell'istruttoria alle imprese e agli enti interessati (...)" co. 2 "L'Autorità può in ogni momento dell'istruttoria richiedere alle imprese, enti o persone che siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria; disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione i altri organi dello Stato; disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria (...)" co. 5. Con provvedimento dell'Autorità, i soggetti richiesti di fornire gli elementi di cui al comma 2 sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a cinquanta milioni di lire se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti ovvero alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a cento milioni di lire se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri"; in giurisprudenza, è interessante richiamare TAR Lazio, Roma, Sez. I, 26.1.2012 n. 864, in www.giustizia-amministrativa.it, che considera ammissibile l'impugnazione dell'atto di avvio di un procedimento antitrust sul presupposto degli effetti che tale atto endoprocedimentale è in grado di determinare immediatamente.

¹⁸ Come noto, i programmi di clemenza consistono nel rendere inapplicabili le sanzioni pecuniarie, o comunque nel determinarne una significativa riduzione, per le imprese che collaborino con l'autorità antitrust fornendo elementi utili ai fini dell'accertamento di un illecito anticoncorrenziale. Nel nostro ordinamento, sono stati introdotti dall'articolo 14 del D.L. 4 luglio 2006 n. 223 (c.d. decreto Bersani) che ha aggiunto il comma 2 *bis* all'articolo 15 della l. n. 287/1990, in attuazione del quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha adottato la "Comunicazione sulla non imposizione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990 n. 287". Ai sensi della citata normativa, l'impresa che intende conseguire il beneficio deve presentare domanda all'autorità antitrust corredata dalle informazioni e dai documenti reputati rilevanti. Se l'Autorità che "non disponga già di informazioni o evidenze sufficienti a provare l'esistenza dell'infrazione" ritiene che gli elementi e le informazioni forniti siano "decisive per l'accertamento dell'infrazione", accoglie provvisoriamente la richiesta con decisione condizionata. Dal momento in cui la domanda viene provvisoriamente accolta, l'impresa che intenda fruire del programma di clemenza deve rispettare una serie di comportamenti, alla cui osservanza è condizionata la provvisoria decisione di accoglimento: deve porre fine alla propria partecipazione nell'attività anticoncorrenziale; deve cooperare in modo continuativo con l'autorità per l'intera durata del procedimento istruttorio; deve fornire all'autorità tutte le informazioni rilevanti e gli elementi di prova di cui venga in possesso;

dall'attuale disciplina dell'acquisizione sanante di cui all'articolo 42 bis del d.P.R. n. 327 del 2001. Sebbene, in risposta alle critiche avanzate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la vigente normativa preveda un meccanismo di sanatoria il cui esito culmina nell'adozione di un vero e proprio provvedimento, all'origine del sacrificio espropriativo resta pur sempre un comportamento illecito della pubblica amministrazione che talvolta non è (nemmeno) preceduto dalla necessaria predeterminazione delle ragioni d'interesse pubblico, come nel caso in cui la sanatoria riguardi l'occupazione di un bene in assenza di previa dichiarazione di pubblica utilità¹⁹.

Il terzo elemento di novità riguarda la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative ai comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili all'esercizio del potere, attualmente sancita dal codice del processo amministrativo²⁰. L'attuale codificazione è il frutto di un lungo ed articolato percorso avviatosi nel 1998 quando, con riferimento alla materia dell'edilizia e dell'urbanistica, vennero devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche tutte le controversie sui comportamenti amministrativi,

rimanere a disposizione dell'Autorità, rispondendo ad ogni richiesta che possa contribuire all'accertamento dei fatti rilevanti; deve astenersi dal distruggere, alterare o celare informazioni o documenti rilevanti; deve adoperarsi perché i suoi dipendenti possano essere ascoltati dall'autorità. A seguito degli ulteriori accertamenti svolti nella fase istruttoria, la decisione finale potrà pertanto confermare la decisione condizionata ovvero escludere l'applicazione del beneficio. È pertanto evidente che, in caso di esclusione, l'impresa avrà comunque subito delle conseguenze giuridiche senza poi conseguire il beneficio.

¹⁹ Tra le ipotesi in cui, ai sensi dell'articolo 42 bis d.P.R. n. 327 del 2001, è ammessa la sanatoria mediante adozione del provvedimento di acquisizione sanante vi è infatti anche quella caratterizzata dall'occupazione del bene in assenza di previa dichiarazione di pubblica utilità, come si evince testualmente dalla norma: "valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfettariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene". Sulle criticità della disciplina dell'acquisizione sanante, sia consentito rinviare a E. ZAMPETTI, *Principi costituzionali e acquisizione sanante*, in *Dir. amm.*, 3/2011.

²⁰ Ai sensi dell'articolo 7 del codice del processo amministrativo "sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni".

senza però alcuna specificazione in ordine all'esatta tipologia comportamentale oggetto della prevista devoluzione. La lacuna è stata colmata dalla Corte costituzionale che, con le sentenze n. 204 del 2004²¹ e n. 191 del 2006²², ha stabilito che la giurisdizione esclusiva non può conoscere indistintamente di tutti i comportamenti della pubblica amministrazione, ma soltanto di quelli riconducibili, anche mediamente, all'esercizio del potere propriamente inteso. Si tratta appunto della soluzione puntualmente accolta e recepita nel codice del processo amministrativo. Senonché, è noto come proprio il criterio del collegamento con l'esercizio del potere, nella sua genericità ed imprecisione, si sia rivelato di incerta e difficoltosa applicazione, dando luogo a ripetuti contrasti tra giurisprudenza amministrativa e ordinaria²³. Senza entrare specificamente nel me-

²¹ Più precisamente, la Corte, con la sentenza luglio 2004 n. 204, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 34 d.lgs. n. 80/1998 nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva le controversie in materia di edilizia ed urbanistica relative a semplici comportamenti dell'amministrazione, rilevando che: "la nuova formulazione dell'articolo 34 del d.lgs. n. 80/1998, quale recata dall'art. 7 comma 1 lettera b) l. n. 205 del 2000... si pone in contrasto con la Costituzione nella parte in cui, comprendendo nella giurisdizione esclusiva – oltre gli atti e i provvedimenti attraverso i quali le pubbliche amministrazioni svolgono le loro funzioni pubblicistiche in materia urbanistica ed edilizia – anche i comportamenti la estende a controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita – nemmeno mediamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici – alcun pubblico potere".

²² Con la sentenza 11 maggio 2006 n. 191, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 53 DPR n. 327/2001 nella parte in cui ricomprende nella giurisdizione esclusiva in materia espropriativa anche le controversie relative a non meglio precisati comportamenti. La pronuncia qualifica comportamenti riconducibili all'esercizio del potere quei comportamenti che "costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi (dichiarazione di pubblica utilità e/o di indifferibilità e urgenza)", precisando che sono conoscibili dal giudice amministrativo solo i comportamenti esecutivi di atti o provvedimenti amministrativi ancorché illegittimi.

²³ La casistica giurisprudenziale rivela due distinte accezioni di comportamento riconducibile all'esercizio del potere. Una prima accezione attribuisce rilevanza al fatto storicamente verificatosi dell'esercizio del potere: perché un determinato comportamento sia riconducibile all'esercizio del potere sarebbe sufficiente che l'attività venga compiuta dopo l'adozione di provvedimenti preventivamente adottati, non rilevando che tali provvedimenti *medio tempore* siano stati annullati o divenuti inefficaci privando così di giustificazione il comportamento (v. ad esempio Cons. St., Ad. Pl., 30 luglio 2007 n. 9; Id, 22 ottobre 2007 n. 12). Per una seconda accezione, più aderente alla tradizionale teorica della carenza di potere, l'esistenza del provvedimento non sarebbe sufficiente ad evidenziare il collegamento con l'esercizio del potere: il collegamento con il potere dovrebbe piuttosto permanere durante l'intero arco della funzione amministrativa e non soltanto manifestarsi attraverso l'originaria adozione del provvedimento poi successivamente annullato o divenuto inefficace (Cass., Sez. Un., ord. 7 febbraio 2007 n. 2688). Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 191 del 2006, il sistema sembra avere trovato un punto

rito delle questioni, si può soltanto osservare che, come ben rivelato dalla casistica giurisprudenziale, la genericità del criterio può indurre a non ravvisare il collegamento con il potere anche nei casi in cui il comportamento, sia pure in maniera scorretta, sia stato compiuto nell'esercizio di un potere previsto e tipizzato dalla norma, anziché nei soli casi in cui sia stato posto in essere al di fuori del principio di legalità. Sotto questo profilo l'incertezza è estremamente significativa, tanto che addirittura le tradizionali figure della carenza di potere in astratto e in concreto, che pure hanno dato luogo a non poche difficoltà applicative, appaiano più chiare e rigorose nella delimitazione della giurisdizione.

Ad ogni modo – ed è questo il dato che si vuole più sottolineare – il criterio contribuisce in parte a ridisegnare la nozione sostanziale di comportamento amministrativo. Se, infatti, nel quadro tradizionale, il comportamento indica generalmente un'attività materiale estranea all'esercizio del potere, la previsione a livello normativo di un comportamento riconducibile all'esercizio del potere implica che, nell'ambito della nozione di comportamento, siano oggi ricomprese anche attività a vario titolo rivelatrici di un esercizio di potere propriamente inteso.

Si può conclusivamente osservare che progressiva rilevanza giuridica dell'attività, ridimensionamento del provvedimento nella produzione giuridica di diritto amministrativo, parziale rinnovamento della nozione di comportamento, siano tutti elementi di un nuovo e complesso scenario nel quale non sono più attuali le rigide classificazioni del quadro tradizionale, *in primis* quella che al comportamento contrappone nettamente il potere, l'atto e il provvedimento.

3. *Decisione amministrativa e sua manifestazione*

Il nuovo scenario non sarebbe completo se non ci si soffermasse almeno un momento sul processo di oggettivizzazione che progressivamente ha interessato il concetto di potere amministrativo. Sebbene non sia questa la sede per affrontare approfonditamente il tema, basti sottolineare che le teorie cd. oggettive del potere, nel rispetto e sempre nei

di (precario) equilibrio nell'attribuzione al giudice ordinario delle controversie relative ad occupazioni compiute in assenza originaria della dichiarazione di pubblica utilità e al giudice amministrativo delle controversie relative alle altre ipotesi di occupazioni (siano esse compiute in base a dichiarazione di pubblica utilità annullata o in assenza di tempestiva adozione del decreto d'esproprio).

limiti del principio di legalità, tendono a legittimare l'azione dei pubblici poteri in base alle peculiari modalità del suo esercizio e non già (soltanto) in ragione della sua riferibilità al soggetto pubblico²⁴. L'elemento comune alle teorie oggettive è infatti sostanzialmente ravvisabile nella funzionalizzazione dell'attività al perseguimento di un interesse generale e al suo svolgersi secondo il modulo procedimentale. Funzionalizzazione e procedimentalizzazione richiedono che il potere si oggettivizzi attraverso un procedimento che abbia la finalità di tradurre l'interesse generale astrattamente prefigurato nella norma nel concreto interesse della collettività per come delineatosi nel divenire storico dell'esperienza giuridica. È esattamente in quest'ottica che l'interesse generale non si definisce soltanto in base alla sua esclusiva riferibilità all'autorità procedente, ma in ragione del suo progressivo concretizzarsi nel dialogo procedimentale.

Senonché, lo svolgersi dell'azione secondo gli schemi del procedimento non sempre è in grado di fornire precise indicazioni sulla qualità dell'azione amministrativa ovvero sui caratteri sostanziali propri di tale azione. In questo senso, puntuali indicazioni provengono piuttosto dal tessuto costituzionale, non soltanto dai principi di buon andamento e imparzialità direttamente rivolti all'amministrazione, ma anche dal complesso delle previsioni più variamente orientate verso obiettivi di razionalità e giustizia. Tradotte nella concreta esperienza dell'amministrare, le norme costituzionali informano l'attività amministrativa nei suoi diversi momenti, al fine di garantire che la scelta sia assunta nella puntuale conoscenza dei fatti e nel coerente apprezzamento dei diversi interessi in gioco, che l'azione sia prevedibile nel suo svolgimento e nei suoi risultati o che l'esercizio del potere non determini inammissibili disparità di trattamento, sul presupposto che è solo un'azione così orientata a poter assicurare la migliore decisione per l'interesse generale²⁵. Nel riferimento alla

²⁴ Rinviando a quanto più ampiamente illustrato in altra sede (Contributo allo studio del comportamento amministrativo, cit.), alle teorie oggettive possono in parte ricondursi le riflessioni sul potere di G. BERTI (*La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968) e F. BENVENUTI (*Funzione amministrativa, procedimento, processo* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, 1952, cit.; *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit.). Più di recente, sono gli studi di A. ROMANO TASSONE ad avere indicato nuove interessanti prospettive nel solco delle concezioni oggettive (*Note sul concetto di potere*, in *Annali della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina*, 1981, 415; *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. e soc.*, 1991; *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2007; *Esiste l'atto autoritativo della pubblica amministrazione?*, in margine al recente convegno dell'Aipda, in *Dir. amm.* 4/2011).

²⁵ Non è un caso che indicazioni utili per una qualificazione più sostanziale dell'a-

decisione non si intende qui il concetto tradizionale che tende ad identificarla nell'atto che decide un procedimento contenzioso²⁶, bensì “*la scelta tra le diverse alternative che sulla base dell'indagine compiuta rappresentano altrettanti modi di soluzione del problema amministrativo*”²⁷. La decisione è più esattamente una scelta che, a differenza di quella del privato, si distingue per i modi e i contenuti sostanziali che devono necessariamente caratterizzarne il processo formativo proprio in quanto l'inte-

zione amministrativa provengono da studi che non si sono direttamente occupati del procedimento amministrativo. Si pensi, solo per citarne alcuni tra i più risalenti, agli studi sulla discrezionalità (M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939), sull'attività conoscitiva (F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino 1967), sull'attività interna (E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano 1950; F. BASSI, *La norma interna*, Milano 1963); sull'autonomia (M.S. GIANNINI, *Autonomia*, in *Enc. dir.*, Milano 1959, 356 ss.; A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 30 ss.; ID., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, cit., 269 ss.), sul principio di affidamento (F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano 1970; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano 2001) e di imparzialità (U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova 1965; F. SATTÀ, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, Roma 1989). Più di recente, il riferimento è agli studi sulla predeterminazione delle decisioni (A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli 1997; ID., *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2/1996, 229 ss.; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino 1996) o sulla c.d. amministrazione di risultato (L. IANNOTTA, a cura di, *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino 2003; M. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino 2003).

²⁶ Per la nozione tradizionale di decisione, si veda M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano 1962, ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, I, 1996, 499 ss.: “la nozione di decisioni amministrative è appunto questa: sono atti amministrativi di accertamento, formati in modo contenzioso, e cioè mediante un procedimento contenzioso, e cioè mediante un procedimento costruito in modo tale da dar rilievo, nel modo che si è detto, ad un conflitto d'interessi (giuridicizzati o no) o d'opinioni fra gli amministrati, o fra l'autorità ed uno o più amministrati, che essi atti si volgono a risolvere, così accertando l'applicabilità della legge ad un caso concreto e determinando, talvolta, anche le modalità di applicazione della legge stessa” (sempre di M. NIGRO, v. anche la monografia *Le decisioni amministrative*, Napoli 1953).

²⁷ Così F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilanciamento di un decennio di giurisprudenza*, Rimini 1987, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova 2002, 243; ID., *L'attività amministrativa*, pubblicato negli Atti del XXX Convegno di studi di scienze dell'amministrazione, Varenna 20-22 settembre 1984 su *Il diritto amministrativo negli anni '80*, Milano 1987, ora anche in *Scritti giuridici*, cit., 257 ss.

resse perseguito non appartiene al soggetto agente bensì alla collettività di riferimento²⁸. Ritorna il nucleo essenziale della concezione oggettiva, per il quale la legittimazione del potere non dipende soltanto dal fatto che l'azione sia posta in essere da un soggetto pubblico, ma dalla circostanza che quell'azione si renda "riconoscibile" dall'ordinamento come ragionevole, coerente e giusta²⁹. Così inteso, il concetto di decisione serve a qualificare il potere amministrativo in funzione delle modalità e delle qualità che devono caratterizzarne l'esercizio, anche a prescindere da chi ne sia il soggetto agente³⁰. Da questo di punto di vista, le forme attraverso

²⁸ Il fatto che l'attività amministrativa, a prescindere dalle sue forme, partecipi di un regime giuridico unitario in ragione della sua peculiarità di azione rivolta al soddisfacimento di interesse generali è recentemente affermato da F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 93, il quale ritiene che "si va decisamente verso uno statuto unitario applicabile all'attività amministrativa come tale, e solo in quanto amministrativa, quale che sia il regime giuridico degli atti nei quali essa rifluisce (provvedimenti, accordi, convenzioni, contratti)", precisando che "la tesi che si intende qui sostenere è che comunque l'attività posta in essere dall'amministrazione per la cura di interessi pubblici (ossia tutta l'attività che essa può porre in essere) è comunque attività amministrativa in senso proprio soggetta a tutti ed esclusivamente i principi che reggono l'attività amministrativa; e ciò tanto se gli atti che alla fine vengono adottati siano retti dal diritto pubblico (provvedimento) tanto se siano retti dal diritto privato (contratti, accordi)". Più esattamente, si sottolinea che "lo statuto giuridico dell'attività amministrativa torna ad essere unitario (non più suddiviso in statuto pubblicistico e statuto privatistico): l'amministrazione agisce sempre secondo valutazioni discrezionali anziché libere ed è tenuta sempre a dare applicazione ai principi, costituzionali e non, che risultano effettivamente vigenti; adeguandosi ad una doppia necessità: perseguire l'interesse pubblico e rispettare (o tenere conto delle) situazioni soggettive del privato", rilevando ancora che i principi dell'azione amministrativa (imparzialità, buon andamento, efficacia, economicità, trasparenza, ragionevolezza) presuppongono "necessariamente che questa si svolga in forma procedimentalizzata: il che comporta il carattere giuridicamente necessario del procedimento"; ID., *Autorità e consenso*, in *Dir. amm* 3/2002, 452: "in tutti gli atti consensuali, siano essi necessari o eventuali, il potere che l'amministrazione esercita è sempre potere amministrativo, mai (almeno in linea di principio, e fatte salve eventuali situazioni speciali, o meglio, eccezionali) un potere libero, qualificabile (a pieno titolo) come autonomia privata. Si tratta sempre, autoritativo o non autoritativo che sia, di potere (precettivo) soggetto allo statuto tipico dell'azione amministrativa".

²⁹ F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo*, cit., 245: "se lo schema valutativo è imperniato sul rapporto tra attività d'indagine, problema e decisione, il senso del giudizio riguardante la giustificazione concreta dell'autorità che si è manifestata nel concreto, e quindi di quella statuizione che non è semplice attuazione della legge, può essere correttamente espresso soltanto in termini di razionalità"; ID., *L'attività amministrativa*, cit., 270.

³⁰ A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 455, secondo il quale "sul piano giuridico, questa esigenza si traduce nell'elaborazione del concetto di funzione o di procedimento sostanziale, inteso quale circuito neutrale atto a rilevare, in maniera obiettiva, l'interesse pubblico concreto che sottende ogni singola decisione dell'autorità; è chiaro, infatti, che configurare quest'ultima quale risultato dell'esercizio

cui si esplica l'azione amministrativa, pur rilevanti a determinati effetti, sono assolutamente neutrali per una qualificazione di quell'azione in termini di potere, poiché ciò che è a tal fine necessario è la configurabilità di una "decisione" deputata alla "soluzione del problema". Le forme provvedimentali, contrattuali, comportamentali, così come qualsiasi altra, ciascuna assistita dalla rispettiva disciplina, servono a disvelare un *decisum* che in tanto può essere considerato potere amministrativo in quanto sia capace di farsi riconoscere secondo oggettivi criteri di riconoscimento³¹.

4. *Verso una nuova nozione di comportamento amministrativo*

La qualificazione del potere in funzione di oggettivi criteri di riconoscimento individua il *proprium* dell'azione amministrativa in un nucleo indefettibile di garanzie e principi sostanziali che sono indifferenti alla varietà di forme finali attraverso cui l'attività si manifesta all'esterno. Se è vero che ciascuna forma porta con sé una propria specifica disciplina rilevante sotto diversi aspetti, come ad esempio per quanto concerne la modalità di produzione degli effetti, è anche vero che, nel suo complesso, l'attività oggetto di manifestazione è sostanzialmente soggetta ad un regime giuridico unitario che, incentrato sui principi costituzionali, resta tale a prescindere dalla forma concretamente impiegata, sia essa il provvedimento, l'atto o il negozio³². Le categorie tradizionali dell'atto,

di un potere che si è articolato lungo le tappe della funzione – e cioè quale espressione, solo formalmente soggettiva, del procedimento sostanziale – equivale ad attribuire ad essa una fonte di legittimazione obiettiva, tale da renderla in grado di imporsi da sé, senza più riferirsi, quasi, alla competenza del decidente, il cui ruolo tende a scomparire, a ridursi a quello di un mero trascrittore delle risultanze evidenziate dal procedimento nel suo meccanico articolarsi³³.

³¹ Muovendo da questa impostazione, si può sostenere ad esempio che, nelle ipotesi di silenzio assenso, l'esigenza di semplificazione resti circoscritta alla riconosciuta possibilità di non adottare il provvedimento finale, ma non consenta di cancellare l'istruttoria procedimentale, elemento necessario per il "riconoscimento" dell'attività come "amministrativa". Ciò che vale ancora di più nell'attuale contesto normativo, dopo che la l. n. 124 del 2015, per quanto concerne i procedimenti tra amministrazioni pubbliche, ha espressamente esteso la disciplina del silenzio assenso anche ai procedimenti caratterizzati dalla presenza di interessi cd. sensibili. Su questi aspetti, E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni*, cit., 185 ss.

³² L'aspetto è ben chiarito da F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 93: "si va decisamente verso uno statuto unitario applicabile all'attività amministrativa come tale, e solo in quanto amministrativa, quale che sia il regime giuridico degli atti nei quali essa rifluisce (provvedimenti, accordi, convenzioni, contratti)"

del provvedimento e del comportamento sono del tutto inadeguate ad unificare concettualmente il complesso fenomeno amministrativo rivelato dall'attuale ordinamento. In primo luogo, perché sono categorie per definizioni antitetiche, considerato che, nell'accezione più comune, è il provvedimento ma non il comportamento ad esprimere l'esercizio del potere. In secondo luogo, perché di per sé non consentono di qualificare l'attività amministrativa in funzione dei suoi contenuti qualitativi. La nozione di provvedimento resta prevalentemente incentrata sull'imperatività ed autoritatività nella produzione degli effetti, così come la nozione di comportamento, sempre nell'accezione più comune, si basa essenzialmente sull'inevitabilità dell'attività compiuta a produrre gli effetti tipici del potere.

Nel descritto contesto, la categoria più adatta allo scopo potrebbe allora rinvenirsi in quella di comportamento elaborata in sede di teoria generale, frutto anch'essa, al pari del concetto di potere amministrativo, d'un progressivo processo di oggettivazione che ne ha determinato la netta distinzione dalla nozione di atto giuridico³³. Rinviando ad altra sede per i necessari approfondimenti³⁴, basti sottolineare come la sua elaborazione sia il frutto di un'avvertita insoddisfazione per la tradizionale classificazione dei fatti giuridici prevalentemente basata sulla rilevanza dell'elemento soggettivo. È proprio nel superamento della classificazione tradizionale che la concezione esaminata rifonda la teoria dei fatti giuridici in funzione di un criterio assiologico di classificazione parametrato sui valori e/o interessi che ogni fatto della vita umana è in grado di esprimere, a prescindere dalla rilevanza o meno dell'elemento soggettivo-volontaristico. In tal senso, la categoria più idonea a classificare i fatti giuridici diventa il comportamento che, nella sua capacità di fornire una più ampia classificazione ancorata all'aspetto valoriale del fenomeno giuridico, inquadra unitariamente l'azione umana ricomprendendo all'interno della nozione sia i fatti correlati ad interessi realizzabili mediante coscienza e volontà sia i fatti correlati ad interessi realizzabili senza il supporto di coscienza e volontà³⁵.

³³ L'elaborazione di teoria generale della nozione di comportamento si deve agli studi di A. FALZEA, e in particolare alle voci *Comportamento*, in *Enc. dir.*, Milano 1961; *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, Milano 1967 e *Manifestazione*, in *Enc. dir.*, Milano 1975.

³⁴ E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, cit., 23 ss.

³⁵ A. FALZEA, *Fatto giuridico*, cit., 950: "si esce dalla categoria dell'atto, almeno nel senso in cui è normalmente intesa ... e per abbracciare ogni possibile atteggiamento corporeo che sia cosciente o incosciente, volontario o involontario, ma sia in ogni caso un'iniziativa dell'uomo (un libero, non fisicamente determinato, spiegameo di energie

Con i dovuti adattamenti, la categoria si rivela particolarmente feconda per inquadrare un fenomeno amministrativo caratterizzato da un'azione complessa, irriducibile al solo momento provvedimentale, oggettivamente funzionalizzata in vista della sintesi razionale tra l'astratto interesse pubblico e i concreti bisogni della collettività³⁶. E ciò, si badi, non soltanto perché nei comportamenti di diritto pubblico la volontà assume un rilievo alquanto modesto e marginale, ma soprattutto perché, nel suo riferimento alla dimensione assiologica del fenomeno giuridico, la nozione di teoria generale ben si adatta alla necessità, più volte segnalata, di una classificazione dell'attività amministrativa in funzione dei suoi aspetti specificamente e necessariamente qualitativi. Nell'ambito di questa nuova categoria comportamentale può pertanto essere ricompresa ognuna delle forme di manifestazione dell'azione pubblica, siano esse l'atto, il provvedimento, l'azione materiale o il comportamento inerte, a condizione che l'attività manifestata sia effettivamente inquadrabile nell'esercizio di un potere normativamente previsto per la soddisfazione di un interesse generale. Il tratto che accomuna nella categoria del comportamento le diverse forme d'esercizio del potere non è il carattere autoritativo o meno dell'attività, né la sua più o meno marcata capacità dispositiva degli interessi, piuttosto sono gli aspetti funzionali e il nucleo essenziale di garanzie (o principi) sostanziali che rendono l'azione propriamente "amministrativa", imponendole coerenza, razionalità, prevedibilità e trasparenza.

L'utilità dogmatica della nozione si rinviene anzitutto in una semplificazione classificatoria, in quanto il comportamento disvela e manifesta unitariamente l'*agere* funzionalizzato, a prescindere dalle forme in cui lo stesso si esplica concretamente. Lungi dal rilevare a fini meramente descrittivi, la precisata semplificazione consente di meglio cogliere e valorizzare l'unitarietà del regime giuridico che, come anche recentemente ribadito, caratterizza nel suo complesso l'attività amministrativa per il solo fatto che la stessa sia deputata al perseguimento di un interesse generale³⁷. In questo senso l'utilità della nozione non è affatto scontata, considerato che l'assoggettabilità dell'attività amministrativa ad un regime giuridico unitario continua a rappresentare questione non compiutamen-

umane), occorre costruire una figura notevolmente più ampia: la figura generale del comportamento"; Id., *Comportamento*, cit., 136 ss.

³⁶ Per questi aspetti, E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, cit., 225.

³⁷ F.G. COCA, *Attività amministrativa*, cit., 93.

te risolta nemmeno nell'attuale scenario del diritto amministrativo³⁸. La dimensione assiologica in cui naturalmente si colloca la nozione di teoria generale valorizza ulteriormente tale aspetto, senza peraltro creare nessuna sovrapposizione tra la nozione di comportamento e quella di attività. Sotto questo profilo, dovrebbe infatti essere ormai chiaro che il comportamento assume a suo specifico oggetto proprio l'attività amministrativa, apportando al concetto stesso di attività un elemento di omogeneità (anche) nella fase di proiezione esterna, fatte sempre salve le differenti discipline delle forme in cui l'azione viene concretamente ad esplicarsi.

Come si è già anticipato, un primo riconoscimento a livello normativo della nuova nozione si rinviene nell'articolo 7 del codice del processo amministrativo che, nell'individuare le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa, vi include espressamente anche quelle riguardanti i comportamenti riconducibili all'esercizio del potere. Sebbene la norma non utilizzi la figura del comportamento per ricomprendere al suo interno tutte le diverse manifestazioni dell'azione amministrativa, la previsione rivela pur sempre una chiara evoluzione della nozione tradizionale volta ad identificare nel comportamento l'espressione di un potere amministrativo propriamente inteso.

³⁸ Su questi aspetti, si veda in particolare V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011 e il recente contributo di A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli 2016.

IL PREAVVISO DI RIGETTO
TRA EFFICIENZA E GARANZIA
DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. Introduzione. Oggetto e partizione del lavoro. – 2. La certezza temporale dell'azione amministrativa e la sua rilevanza economica. – 3. Oltre la certezza temporale: l'accelerazione del procedimento nelle recenti riforme della pubblica amministrazione. – 4. La fase conclusiva del procedimento amministrativo e il silenzio-assenso come istituto di accelerazione temporale. – 5. Il preavviso di rigetto nella prospettiva temporale dell'azione amministrativa. – 6. Perentorietà e dilatorietà del termine nel preavviso di rigetto. – 7. Interruzione e sospensione del procedimento nel preavviso di rigetto. – 8. Il preavviso di rigetto come istituto di incentivazione del contraddittorio fra amministrazione e privato.

1. *Introduzione. Oggetto e partizione del lavoro*

Lo scritto si divide idealmente in due parti.

Nella prima parte, che fa da cornice all'intero lavoro e che corrisponde ai primi tre paragrafi, si esaminano alcuni aspetti inerenti al tempo del procedimento amministrativo, e in modo particolare l'attenzione è posta su tre argomenti che riguardano da vicino la disciplina temporale: la certezza dell'azione amministrativa (secondo paragrafo), l'accelerazione del procedimento (terzo paragrafo), il silenzio-assenso come istituto di accelerazione procedimentale (quarto paragrafo).

Gli argomenti sono osservati nell'ottica del metodo dell'analisi economica, dove è richiesto all'amministrazione pubblica di esercitare la sua funzione in modo tempestivo e senza ritardo onde assicurare l'efficienza dell'azione amministrativa.

Nel corso della prima parte della trattazione, dall'analisi della disciplina temporale del procedimento si riscontra come vi sia uno sbilanciamento dell'azione amministrativa e delle sue procedure a favore dell'efficienza economica del sistema. In questa direzione si pongono anche le

recenti riforme, le quali, nell'ottica di rendere più rispondente l'amministrazione e le sue procedure al paradigma economico, predispongono un'ampia gamma di regole volte ad accelerare in modo sistemico l'esercizio della funzione amministrativa.

Banco di prova, oltre che esempio della generale tendenza nelle recenti linee di riforma all'accelerazione dell'azione amministrativa, è l'istituto del silenzio-assenso di cui all'art. 20, l. n. 241/1990, che in questa sede viene analizzato nelle parti attinenti agli aspetti temporali della disciplina.

In questo quadro, l'attuale tendenza all'accelerazione temporale in funzione dell'efficienza economica pone in luce il problema della garanzia della sfera dei diritti dei privati non direttamente interessati al risultato dell'azione dei pubblici poteri.

Per tale ragione si è reso necessario ricercare attraverso l'analisi del dato positivo la presenza di norme e istituti che, ponendosi in controtendenza rispetto all'attuale esigenza di accelerazione delle procedure generalmente richiesta dagli attori del mercato a soddisfazione della loro sfera patrimoniale, contemplanò un'espansione del tempo del procedimento e più in generale dell'azione amministrativa a garanzia della sfera dei diritti dei privati non necessariamente interessati al risultato economico prodotto dall'amministrazione.

Individuata tale funzione normativa nel preavviso di rigetto di cui all'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, nella seconda parte dello scritto, corrispondente ai successivi quattro paragrafi, e sempre da una prospettiva temporale (quinto paragrafo), si esaminano le disposizioni di tale istituto (sesto e settimo paragrafo) reinterpretandole quali norme, che, avvalorando il momento dialettico fra l'amministrazione e il privato (ottavo paragrafo), pongono in relazione sia l'esigenza di un'azione efficiente, come richiesto dall'attuale contesto economico per il soddisfacimento degli utenti del sistema amministrativo, sia la necessità di un'azione imparziale, così come richiede l'ordinamento per la tutela dei diritti degli individui.

2. *La certezza temporale dell'azione amministrativa e la sua rilevanza economica*

Gli studi di analisi economica del diritto¹ mostrano come il ritardo

¹ Nella dottrina italiana tra le opere più significative e interessanti che trattano di analisi economica del diritto si v. G. ALPA, F. PULITINI, S. RODOTÀ, F. ROMANI (a cura di), *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano 1984, 1 ss.; U. MATTEI, *Tutela inibi-*

dell'amministrazione nel decidere in tempo ogni vicenda che la stessa

toria e tutela risarcitoria: contributo alla teoria dei diritti sui beni, Milano 1987, 1 ss.; M.A. POLINSKY, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, Bologna 1986, 4 ss.; A.D. FABBRI, G. FIORENTINI, L.A. FRANZONI (a cura di), *L'analisi economica del diritto. Un'introduzione*, Roma 1997, 13 ss.; A. CHIANCONE, D. PORRINI, *Lezioni di analisi economica del diritto*, Torino 1998, 3 ss.; M. CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, Milano 1996, 3 ss.; ID., *Lo stato banditore: gare e servizi locali*, Milano 2001, I ss.; F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano 2002, 1 ss.; L.A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, Bologna 2003, 2 ss.; F. PARISI, *Scuole e metodologie dell'analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 377 ss.; R.D. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna 2006, 1 ss.; L.A. FRANZONI, D. MARCHESI, *Economia e politica del diritto*, Bologna 2006, 1 ss.; AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo*, in *Annuario AIDPA* (Atti del Convegno di Venezia, Fondazione Cini, 28-29 settembre 2006), Milano 2007, 5 ss.; S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 603 ss.; G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico: teorie, applicazioni e limiti*, Bologna 2009, 1 ss.; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna 2014, 1 ss.; ID., *Strategies and Conflicts in Administrative Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, 357 ss.; A. PETRETTO, *L'analisi economica del procedimento amministrativo*, in *GiustAmm.it*, 10, 2015, 1-14.

Nella dottrina nordamericana e anglosassone, invece, l'approccio giuseconomico agli istituti e alle regole del diritto amministrativo vanta una lunga tradizione. Tra i maggiori contributi si v. M. OLSON, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge 1965, 5 ss.; G. BRENNAN, J.M. BUCHANAN, *The Reasons of Rule. Constitutional Political Economy*, Cambridge 1985, 5 ss.; M. MCCUBBINS, R. NOLL, B. WEINGAST, *Administrative Procedures as Instruments of Political Control*, in *Journal of Law, Economics, and Organization*, 1987, 243 ss.; S. ROSE ACKERMAN, *Reforming Public Bureaucracy through Economic Incentives?*, *ivi*, 1986, 131 ss.; J.L. MASHAW, *Explaining Administrative Process: Normative, Positive and Critical Stories of Legal Development*, *ivi*, 1990, 267 ss.; W. BISHOP, *A Theory of Administrative Law*, in *Journal of Legal Studies*, 1990, 489; D.A. FARBER, P.P. FRICKEY, *Law and Public Choice. A Critical Introduction*, Chicago 1991, 12 ss.; J. MACEY, *Organizational Design and the Political Control of Administrative Agencies*, in *Journal of Law, Economic and Organization*, 1992, 93 ss.; A. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford 1994, 1 ss. M.J. HORN, *The Political Economy of Public Administration*, Cambridge 1995, 7 ss.; AA.VV., *Conference on the Economics and Politics of Administrative Law and Procedures*, in *Journal of Law, Economic and Organization*, 1996, 1 ss.; P.T. SPILLER, E.H. TILLER, *Decision Cost and Strategic Design of Administrative Process and Judicial Review*, in *Journal of Legal Studies*, 1997, 347 ss.; O.E. WILLIAMSON, *Public and Private Bureaucracies: A Transaction Cost Economics Perspective*, in *Journal of Law, Economics, and Organization*, 1999, 306 ss.; R.D. COOTER, *The Strategic Constitution*, Princeton 2000, 1 ss.; H. WOLLMANN, *Evaluation in Public-Sector Reform. Concepts and Practice in International Perspective*, Cheltenham 2003, 1 ss.; S.G. BREYER, R.B. STEWART, C.R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text and Cases*, New York 2006, 5 ss.; S. ROSE ACKERMAN (ed. by), *Economics of Administrative Law*, Cheltenham 2007, XIII ss.; S. CROLEY, *Regulation and Public Interest. The Possibility of Good Regulatory Government*, Princeton-Oxford 2008, 1 ss.; D. OLIVER, T. PROSSER, R. RAWLINGS, *The Regulatory State. Constitutional Implications*, Oxford 2010, 1

ha da portare a termine possa provocare un livello subottimale di impiego delle risorse pubbliche². E ciò perché la tardività nello svolgimento dell'azione amministrativa e il risultato che ne scaturisce, ossia l'adozione di decisioni intempestive, nella visione prevalentemente orientata al «risultato economico»³ quale fattore di sviluppo della società, frustra l'esigenza di certezza di privati e imprese. Esigenza che nell'affermazione del moderno «stato di mercato»⁴ – come risultato del prevalere, nell'interpretazione giuseconomica, della componente efficientistica sulle altre componenti – è da ricondursi anche al tempo dell'esercizio del potere e, quindi, al tempo dell'azione amministrativa.

Tali considerazioni introduttive, di matrice giuseconomica, inducono a riflettere anzitutto sul se ed eventualmente in che misura la pubblica amministrazione e la sua azione non possano essere considerate esse stesse componenti del mercato⁵. Ove così si ritenesse, l'amministrazione pubblica per contribuire allo sviluppo economico non solo dovrebbe

ss.; Y. GIVATI, *Game Theory and the Structure of Administrative Law*, in *University Chicago Law Review*, 2014, 481 ss.

² Cfr. G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 2014, 695 ss., ma in part. 705-708.

³ Questa nuova concezione di amministrazione viene descritta in A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»*, in *Dir. amm.*, 2007, 63 ss., il quale si è occupato di approfondire i rapporti fra l'analisi economica e le recenti tendenze del diritto amministrativo italiano. In particolare, secondo tale dottrina, sarebbe in atto un importante orientamento rivolto all'edificazione dell'amministrazione pubblica in funzione del c.d. risultato economico. Di qui lo sforzo della stessa dottrina di verificare se fra il diritto amministrativo e l'analisi economica, a dispetto dell'apparente – e talvolta affermata – eterogeneità, vi sia una fondamentale affinità dal punto di vista epistemologico-giuridico (e in particolare sul piano della concezione del rapporto fra la norma giuridica e la realtà sociale), tale che vengano in rilievo anche le strette convergenze metodologiche e categoriali.

Ad avviso dell'A. la nuova prospettiva di inquadramento e valutazione dell'azione amministrativa può dunque essere individuata (anche) nell'analisi economica del diritto, la quale, secondo l'A., «ha il duplice pregio di affondare le radici in un contesto assiologico sempre più vicino (o sempre meno lontano) da quello cui si riferisce l'idea della “amministrazione di risultato” e di offrire una griglia di rilevanza sufficientemente circoscritta da renderla praticabile anche da parte degli operatori giuridici».

⁴ Cfr. F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 527 ss., e 532, dove si afferma come lo Stato del mercato abbia sostituito il c.d. Stato totalizzante (aggettivo che l'A. adopera *ad hoc* al posto di totalitario per indicare il c.d. Stato del benessere in cui ogni singolo bisogno dell'individuo era previsto dai pubblici poteri), contraddistinto quest'ultimo dalla massiccia presenza di programmi generali e settoriali. Significativo è l'elemento che caratterizza lo Stato di mercato, che secondo l'A. va ravvisato proprio nel fattore tempo.

⁵ F. MERUSI, *op. ult. cit.*, 529.

be dimostrarsi efficiente al pari degli altri attori privati che operano sul mercato, ma soprattutto dovrebbe garantire certezze sotto l'aspetto temporale, attraverso l'adozione di decisioni tempestive. D'altra parte, in tale prospettiva, è fuori di dubbio che la certezza del tempo dell'azione amministrativa sia di notevole importanza per l'esercizio dell'iniziativa economica da parte di privati e imprese, così come prevede l'art. 41 della Costituzione, rappresentando il presupposto essenziale, oltre che il fattore imprescindibile, per la programmazione e la realizzazione degli investimenti dei privati.

La garanzia del tempo dell'azione amministrativa è nondimeno basilare per lo stesso funzionamento della pubblica amministrazione sia nei procedimenti strutturali⁶ inerenti a più soggetti (organi o enti), sia nei procedimenti che possono a vario titolo condizionare l'attività dei privati, come avviene per i procedimenti concessori e autorizzatori. In questi ultimi la certezza dell'azione amministrativa condiziona non poco gli operatori del mercato, giacché è soprattutto dal rispetto dei termini di conclusione del procedimento concessorio/autorizzatorio che dipenderà l'effettivo avvio dell'attività economica di privati e imprese.

Secondo l'impostazione del metodo dell'analisi economica⁷, l'incertezza dell'azione amministrativa costituisce un fattore di rischio, che, ove non adeguatamente prevenuto e temperato, potrebbe condurre all'inefficienza dell'intero sistema economico, con conseguente perdita di risorse monetarie e non per coloro i quali – i privati e le imprese – entrano, o intendono entrare, in relazione con la sfera pubblica. Non solo, quando è in gioco la certezza dell'agire amministrativo, a venir frustrata è la stessa convenienza economica di privati e imprese ad intraprendere una qualche attività. Iniziativa economica privata che nel breve periodo viene

⁶ F. MERUSI, *op. ult. cit.*, 532.

⁷ Sul metodo dell'analisi economica nella dottrina amministrativistica si fa rinvio alle specifiche trattazioni presentate nell'ambito del convegno dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo del 2006 dove, sulla regolazione pubblica dei mercati e sulla disciplina della concorrenza si v. M. D'ALBERTI, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in *Analisi economica e diritto amministrativo*, cit., 21-49; sui beni pubblici G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le "tragedie dell'interesse comune"*, in *Analisi economica e diritto amministrativo*, cit., 125-153; sulla disciplina dell'ambiente M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Analisi economica e diritto amministrativo*, cit., 103-123 e N. LUGARESÌ, *Ambiente, mercato, analisi economica, discrezionalità*, in *Analisi economica e diritto amministrativo*, cit., 247-259; sulla responsabilità amministrativa si v. M. CAFAGNO, *La responsabilità dell'amministrazione pubblica*, in *Analisi economica e diritto amministrativo*, cit., 155-181.

subordinata soprattutto alla fattibilità dell'attività programmata e solo nel medio e nel lungo periodo anche alla sua remuneratività.

In realtà, portando alle estreme conseguenze il ragionamento di analisi economica che si sta seguendo, si può sostenere che l'interesse del privato è sacrificato pure quando, vanificatasi per colpa dell'amministrazione l'opportunità di intraprendere l'attività, questi abbia concretamente perduto altre occasioni di investimento. È il caso, ad esempio, della tardività nell'emanazione del provvedimento amministrativo⁸, che si riverbera a danno della sfera di privati e imprese *sub specie* di perdita di *chances alternative*⁹.

Un esempio potrebbe chiarire meglio l'idea.

Si pensi al tardivo provvedimento di diniego adottato dall'amministrazione nei confronti dell'impresa che aveva un interesse (cd. pretensivo) all'atto ampliativo. Viene in evidenza, intanto, la possibilità che il soggetto interessato, attendendo l'esito del procedimento, non abbia preso in considerazione possibilità alternative di realizzazione del proprio interesse. Le occasioni che si possono presentare sono molte e di vario genere. Si prenda il caso del privato – attore economico – che voglia ampliare il proprio esercizio commerciale e, a tale fine, reputi percorribili due vie: una, primaria, rappresentata dalla realizzazione *ex novo* di un locale per il quale deve chiedere all'uopo il rilascio del permesso di costruire e un'altra, secondaria, rappresentata invece dall'istanza di ristrutturazione di altro edificio già esistente, soggetta anch'essa a permesso di costruire¹⁰.

Appare chiaro che la possibilità di attivare prontamente la seconda via è subordinata alla tempestiva definizione, anche in senso negativo, della prima istanza da parte della pubblica amministrazione. Potrebbe obiettarsi che il privato possa comunque realizzare il suo interesse, magari inoltrando contemporaneamente le due istanze, specificando il rapporto logico fra le stesse¹¹, oppure aspettare che scada infruttuosamente il termine del primo procedimento e abbandonare tale istanza per concentrarsi sulla seconda. Tuttavia ciò richiederebbe oneri che andrebbero oltre il generale principio di autoresponsabilità cui è tenuto il privato nei

⁸ Sul tema generale si v. R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento amministrativo e dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 613.

⁹ Cfr. M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico, e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2003, 372 ss. L'A. riflette sulla falsariga della responsabilità precontrattuale (artt. 1337 e 1338 c.c.) prevista nel diritto civile e inerente alla violazione dei precetti di buona fede e correttezza nella fase delle trattative.

¹⁰ M. LIPARI, *op. ult. cit.*, 372.

¹¹ M. LIPARI, *op. ult. cit.*, 373.

rapporti con l'amministrazione. Questo non accadrebbe ove la pubblica amministrazione agisse tempestivamente, attraverso un provvedimento di diniego espresso e motivato che consenta al privato di avanzare una nuova istanza, modificativa e integrativa della precedente, volta a emendare gli errori riscontrati dall'amministrazione¹².

In questi come in altri casi, si può osservare che il danno, a livello microeconomico, si riverbera sulla sfera del privato in modo indiretto, ossia in relazione alla perdita di *chances* che questi avrebbe potuto sfruttare per intraprendere altre iniziative di investimento, nonché in relazione ai maggiori oneri sostenuti. Nel caso di specie, l'intempestività dell'agire amministrativo può portare anche a una situazione subottimale a livello macroeconomico, giacché si avrebbe l'effetto indesiderabile dell'immobilizzo di risorse e di capitali privati che *medio tempore*, in attesa cioè del rilascio del provvedimento, non verrebbero efficientemente impiegati.

È in quest'ottica che il tempo dell'azione può costituire un fattore rilevante per l'intera efficienza del sistema amministrativo.

Può essere rilevante, ad esempio, nella misura in cui incide sul benessere dei soggetti privati che interagiscono con la sfera dei pubblici poteri. La possibilità di predeterminare per tempo le risorse finanziarie da impiegare nelle attività economiche di privati e imprese, costituisce un elemento indispensabile per il buon esito delle diverse soluzioni d'investimento in relazione al settore pubblico. In quest'ottica il tempo delle decisioni, anche quello regolato dal diritto amministrativo, diviene un'entità quantificabile e, dunque, misurabile, oggetto in quanto tale di un razionale calcolo economico da parte dell'attore privato che in vario modo si appresta ad entrare in contatto con l'amministrazione attraverso l'attività procedimentale.

Qui giova ricordare come il termine contatto, benché alluda al filone di studi che ha dato rilevanza, in punto di tutela dell'affidamento, al cd. contatto sociale del privato con l'amministrazione e a cui si riconnette la responsabilità di natura precontrattuale (o quella cd. da contatto), venga utilizzato in un'accezione più ampia di quella esclusivamente rivolta ai profili che interessano la risarcibilità dei danni patiti dal soggetto privato¹³. Tale contatto ha lo scopo di indicare i momenti e le situazioni, tem-

¹² M. LIPARI, *op. loc. ult. cit.*

¹³ Per i profili attinenti alla responsabilità e alla risarcibilità per *culpa in contrahendo* si v. C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Diritto civile*, Milano 1995, 147 ss.; ID., *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 649

poralmente predeterminati e predeterminabili, in cui avviene e si esplica l'incontro fra il privato e i pubblici poteri, fra l'interesse economico privato e l'interesse pubblico, nel procedimento amministrativo e nelle sue singole fasi. Per certi versi è ipotizzabile che il contatto sociale, in cui si manifesta l'incontro di più volontà e interessi sia pubblici che privati, possa far meglio comprendere la complessità e l'eterogeneità entro cui si esplica lo stesso fenomeno procedimentale.

Nella concezione prevalentemente orientata al mercato, allora, il soggetto privato coinvolto dall'azione dei pubblici poteri potrà dirsi realmente beneficiario dallo svolgersi dell'azione amministrativa, se, e nel modo in cui, potrà effettivamente vantare una condizione che gli garantisca la certezza dei tempi che quello svolgimento implica.

È in questo compiersi della relazione socioeconomica amministrazione/privato che il fattore temporale dell'azione amministrativa riveste notevole importanza; perché è sulla oggettiva certezza del tempo del procedimento che il soggetto, il quale entra in contatto con l'amministrazione, fa poggiare la sua soggettiva certezza temporale¹⁴. In questa prospettiva, il privato interessato all'azione amministrativa potrebbe vantare un legittimo affidamento nella certezza dei tempi dell'azione, in modo da poter prontamente attivare il sistema di tutele – sostanziali, giurisdizionali e giustiziali – predisposto dall'ordinamento giuridico a presidio di tale garanzia¹⁵.

Per quanto attiene alla tutela giurisdizionale va detto che essa, nell'attuale contesto di mercato, dovrebbe senz'altro essere rivalutata anche alla luce della sua effettiva efficienza (e convenienza) economica e raffrontata con i rimedi alternativi di risoluzione delle controversie. Tra questi ultimi vi sono le decisioni giustiziali con cui l'amministrazione – in posizione di terzietà – risolve le dispute insorte fra privati. Particolarmente interessati da tali tipologie di decisioni sono i settori di competenza delle autorità amministrative indipendenti, che, come è facile intuire, sono connotati da elevati interessi economici. Qui, soprattutto per come è conformato il mercato, la decisione giustiziale si pone come valida ed efficiente alternativa ai tipici rimedi contenziosi, dal momento che assicura una maggiore stabilità e certezza rispetto allo schema del processo. E ciò perché, come

ss.; E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2001, III, 18 ss; M. PROTTO, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 213 ss.

¹⁴ Cfr. A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino 2013, 62.

¹⁵ A. COLAVECCHIO, *op. ult. cit.*, 61.

osservato in dottrina, «il processo, di per sé, condiziona il dialogo tra Autorità garante e operatori economici, mentre i sistemi giustiziali gestiti dai regolatori favoriscono un'interlocuzione flessibile ed informale, in vista dell'adozione di decisioni sì autoritative, ma, quanto più possibile, negoziate nei contenuti»¹⁶.

Va detto, sul punto, che se da un lato le decisioni giustiziali rappresentano un modello di giustizia efficiente, dall'altro, rispetto al rimedio giurisdizionale, le stesse presentano alcuni risvolti problematici legati soprattutto alla cd. cattura del regolatore, vale a dire al rischio che l'operatore del mercato (evidentemente quello più forte) possa "condizionare" a suo favore la funzione regolativa (nel caso di specie quella giustiziale) dell'autorità amministrativa. Con la locuzione «cattura del regolatore», in particolare, si indica una situazione in cui gli organismi preposti alla regolamentazione di determinate attività (in genere *authorities* amministrative, ma anche altri enti all'uopo previsti), anziché perseguire l'interesse pubblico, agiscono invece in favore degli interessi privati o speciali dominanti nel settore oggetto della regolamentazione. La «*regulatory capture*» è essenzialmente una forma di *market failure*, poiché può generare gravi e incontrollati fenomeni di esternalità negative. La conseguenza immediata che tale fenomeno provoca è la perdita di neutralità, terzietà ed oggettività negli organismi di regolamentazione, appannaggio di una spiccata interpretazione dei fenomeni e delle dinamiche di mercato molto vicina a quella delle imprese regolate¹⁷.

Ritornando ai profili temporali, va osservato come il tempo dell'azione amministrativa assuma una certa rilevanza, non solo dal punto di vista della massimizzazione del risultato – efficienza, efficacia ed economicità dell'agire –, ma anche dal punto di vista della sua rispondenza al paradigma della legalità¹⁸ – legittimità e liceità dell'agire – costituendo così un bene della vita autonomamente tutelabile.

In particolare, su quest'ultimo punto, è da chiarire se e a quali condizioni la logica del «risultato efficiente»¹⁹ sia conciliabile con la tutela

¹⁶ Cfr. S. LUCATTINI, *Garante della concorrenza e certezza economica: alla ricerca delle giustizie per i mercati*, in *Dir. amm.*, 2013, 509 ss., ma sul punto 552, 555-557.

¹⁷ Sull'argomento cfr. G. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economic and Management Science*, 1971, 3 ss., nonché ID., *Public Regulation of The Securities Markets*, in *The Journal of Business*, 1964, 117-142.

¹⁸ Sul punto si v. L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, 3 ss. (consultabile in open access al link <http://ojs.uniurb.it/index.php/pea/article/view/1250/1148>).

¹⁹ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risul-*

della sfera dei diritti degli individui non necessariamente interessati a tale risultato e quali modificazioni dei due termini comporti la loro eventuale conciliabilità. Pertanto, se da un lato la pubblica amministrazione è obbligata a garantire attraverso le sue «scelte»²⁰ beni e servizi ai privati in tempi certi²¹, nonché a rispettare i tradizionali parametri di legittimità, dall'altro lato il canone giuridico dell'efficienza²² implica l'impossibilità di applicare norme che diano vita a cattivi risultati, che sacrificino cioè beni giuridici delimitati e definiti, in contrasto con gli stessi beni voluti dal legislatore o con i beni protetti dalla Costituzione.

In linea generale, la riflessione sul tempo dell'azione amministrativa come fattore di efficienza e di sviluppo economico, ove si spingano all'estremo gli assunti del metodo dell'analisi economica qui esaminati,

tato», cit., 63. Poco più avanti l'A. chiarisce cosa s'intende per "risultato": «il complesso di conseguenze, socialmente rilevanti e non riportabili a meri effetti giuridici, che discendono da un'attività amministrativa di carattere autoritativo» (p. 64). Si tratta, è bene precisarlo, solo di un abbozzo di definizione del termine risultato, giacché l'A. precisa subito dopo che la «genericità e non impegnatività di questa definizione preliminare» sono dettate dal fatto che «il principale problema epistemico posto dalla ricostruzione giuridica della cd. "amministrazione di risultato" è costituito proprio dalla precisazione del concetto di "risultato" e dalla conseguente individuazione dei parametri cui si riporta la valutazione circa il suo raggiungimento» (*Ibid.*). Da qui l'idea secondo cui il confronto con l'approccio analitico economico possa contribuire a dissipare, almeno in parte, le non poche ambiguità semantiche del termine risultato.

²⁰ Sull'argomento dell'efficienza della scelta e, più in generale, della decisione amministrativa sia consentito rinviare a D. VESE, *Decisione, semplificazione ed efficienza nel procedimento amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, 142 ss., (consultabile in *open access* al link <http://ojs.uniurb.it/index.php/pea/article/view/1166/1152>).

²¹ Cfr. L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 59 e 101.

²² Sul punto si v. G. CALABRESI, *Costo degli incidenti, efficienza e distribuzione della ricchezza: sui limiti dell'analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 7 ss., dove l'A. osserva anche che «le critiche levatesi di recente nei confronti dell'analisi economica del diritto, sebbene di differente provenienza, si sono incentrate sulla nozione che l'efficienza economica dipende sempre, per il suo stesso significato, per la sua applicazione, da valori ad essa estranei. Senza valutazioni che l'economia non può fare intorno all'equità distributiva ed all'assegnazione dei diritti, o punti di partenza, l'analisi economica non dà alcuna risposta. Secondo questo tipo di critica, pertanto, si dovrebbe abbandonare l'analisi economica e ritornare a nozioni di giustizia, nel far diritto. [...] l'uso dell'analisi economica del diritto da parte di molti dei suoi fautori si presta proprio alle critiche che le sono state rivolte [...]. Questi fautori sembrano quasi dire che, poiché noi non possiamo dire alcunché di scientifico sui punti di partenza od i valori distributivi, li dobbiamo ignorare ed analizzare il diritto soltanto sulla base dell'efficienza economica, definita astrattamente come massimizzazione del benessere [...]. Mentre questo argomento implicherebbe che l'analisi economica del diritto non vince e non può vincere, esso non significa che i valori che l'analisi economica tende a promuovere possano essere ignorati».

condurrebbe a ritenere l'inerzia un vero e proprio «attrito dell'economia»²³ che condiziona in vario modo e grado la sfera di libertà del privato, potendo rappresentare per questo un danno indipendentemente dal conseguimento dell'utilità (il cd. bene della vita). Per tale ragione, il mancato rispetto del tempo assegnato dalla legge all'amministrazione per provvedere, si porrebbe come una condotta non soltanto illegittima, giacché tenuta dalla pubblica amministrazione in violazione della legge stessa, ma anche illecita²⁴, dal momento che tale condotta provocherebbe un pregiudizio ad un bene della vita meritevole di autonoma tutela²⁵.

D'altra parte, non può non osservarsi come le esigenze del mercato impongano un modello di amministrazione pubblica che sia deputata anche alla risoluzione di problematiche concrete di interesse generale, alimentate dal divenire sociale ed economico, sulla scorta di modelli di azioni predisposti in linea di massima *ex ante*²⁶. Il che implica che l'amministrazione abbia come sua intrinseca caratteristica la necessità in ogni comportamento, in ogni vicenda, in ogni decisione e, dunque, nell'attività globalmente considerata, di prefigurare, predefinire e prevedere gli obiettivi e i risultati da raggiungere²⁷, in modo da poterli realizzare nei tempi programmati e senza effetti pregiudizievoli per la collettività.

Si tratta di un'attività amministrativa complessa che chiama in causa il futuro, in termini di prevedibilità delle condotte e delle decisioni degli

²³ Cfr. O.E. WILLIAMSON, *L'economia dell'organizzazione: il modello dei costi di transazione*, in R.C.D. NACAMULLI, A. RUGIADINI (a cura di), *Organizzazione e mercato*, Bologna 1985, 7.

²⁴ È la tesi di M. CLARICH., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino 1995.

²⁵ Per lo sviluppo di questa tesi mi sia consentito rinviare a D. VESE, *Termine del procedimento amministrativo e analisi economica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 779-830.

²⁶ G.D. COMPORI, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Torino 2001, 23. Secondo l'A. il procedimento amministrativo è caratterizzato da uno «stato di tensione» tra la dimensione progettuale (futuro), che consta di pura mobilità e continuità, e il già vissuto (passato). Ciò è tipico anche delle istituzioni pubbliche, che sono composte da uomini e operano per il soddisfacimento dei bisogni umani.

²⁷ Cfr. L. IANNOTTA (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino 2003, 11, dove è ricordato come le profonde trasformazioni sociali, politiche e istituzionali verificatesi in Italia a partire dal 1990, anno delle fondamentali leggi sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990) e sulla concorrenza (l. n. 287/1990), nell'ambito del processo di riassetto dell'ordine economico e politico mondiale e quale conseguenza dell'ordinamento europeo, abbiano conferito alle pubbliche amministrazioni tratti sempre più spiccatamente «economico-aziendali», con la sottoposizione a regole e a logiche considerate in passato proprie delle organizzazioni private.

attori economici. Ove le conseguenze non fossero prevedibili, verrebbe meno la certezza dei risultati, la loro pre-determinabilità, dunque la loro convenienza economica, e con essa anche uno dei punti fondamentali su cui si basa la visione efficientistica del sistema amministrativo²⁸.

3. *Oltre la certezza temporale: l'accelerazione del procedimento nelle recenti riforme della pubblica amministrazione*

Sebbene il procedimento amministrativo, nel suo svolgersi, sembra dar vita a un suo tempo, a una sua dimensione temporale, che appare in grado di prescindere dal tempo delle fonti normative, tuttavia difficilmente l'interprete può rinunciare a prendere in considerazione queste ultime, in ragione del fatto che il procedimento di per sé non è adatto a ricomprendere l'assetto di tutti gli interessi che vengono alla luce in ogni singola vicenda sottesa al suo «farsi»²⁹.

Ed è in particolar modo nelle fonti normative che l'accelerazione dei procedimenti amministrativi, soprattutto di quelli che hanno notevole impatto sull'economia, ha assunto importanza nella recente legislazione.

In questa prospettiva, da ultimo, si colloca la l. 7 agosto 2015, n. 124, la quale, proprio nell'ottica acceleratoria, ha previsto all'art. 4 «norme di semplificazione e accelerazione dei procedimenti amministrativi», collegando le nuove disposizioni alle procedure che hanno come oggetto «rilevanti insediamenti produttivi, opere di interesse generale e l'avvio di attività imprenditoriali suscettibili di avere positivi effetti sull'economia o sull'occupazione».

²⁸ Il dibattito sulla c.d. amministrazione di risultato (o di risultati) è stato particolarmente vivace presso la dottrina amministrativistica italiana. Per i più significativi contributi sul tema si v. A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli 2001, II, 815 ss., dove l'A. ricorda anche come tale formula risalga alla distinzione gianniniana tra amministrazione per atti e amministrazione per risultati; L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica Amministrazione*, cit., 57 ss.; ID., *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, cit., 1 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla libertà dall'amministrazione alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. soc.*, 2000, 101 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino 2003, 1 ss.; M. IMMORDINO, A. POLICE, (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino 2003, 5 ss.; S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941; L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova 2008, 1 ss.

²⁹ Sul punto cfr. V. FROSINI, *Temporalità e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 434.

Più in dettaglio, l'art. 4, comma 1, l. n. 124/2015, prevede che siano adottate norme di semplificazione e di accelerazione dei procedimenti amministrativi, sulla base delle seguenti norme generali e regolatrici della materia: individuazione dei tipi di procedimento amministrativo relativi a rilevanti insediamenti produttivi, ad opere di interesse generale o all'avvio di attività imprenditoriali, ai quali possono essere applicate le misure di cui alle lett. c) ss.; individuazione in concreto da parte del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, nell'ambito dei tipi di procedimento indicati alla lett. a), dei singoli interventi con positivi effetti sull'economia o sull'occupazione per i quali adottare le misure di cui alle lett. c) ss.; previsione, per ciascun procedimento, dei relativi termini, ridotti in misura non superiore al cinquanta per cento rispetto a quelli applicabili ai sensi dell'art. 2, l. n. 241/1990; per i procedimenti di cui alla lett. b), attribuzione, previa delibera del Consiglio dei ministri, di poteri sostitutivi al Presidente del Consiglio dei ministri o a un suo delegato; previsione, per i procedimenti in cui siano coinvolte amministrazioni delle regioni e degli enti locali, di idonee forme di raccordo per la definizione dei poteri sostitutivi di cui alla lett. d); definizione dei criteri di individuazione di personale in servizio presso le amministrazioni pubbliche, in possesso di specifiche competenze tecniche e amministrative, di cui possono avvalersi i titolari dei poteri sostitutivi di cui alla lett. d) senza riconoscimento di trattamenti retributivi ulteriori rispetto a quelli in godimento e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Con la disposizione di cui all'art. 4, l. n. 124/2015, il legislatore ha demandato all'emanazione di un apposito regolamento (c.d. sblocca procedimenti), ai sensi dell'art. 17, comma 2, l. 23 agosto 1988, n. 400, il compito del Governo di attuare la delega sull'accelerazione del procedimento amministrativo. Così, con il d.P.R. 12 settembre 2016, n. 194, il Governo ha dato seguito alla delega, approvando il regolamento recante appunto «norme per la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti amministrativi, a norma dell'art. 4, l. 7 agosto 2015, n. 124».

Se si esamina il citato regolamento si osserverà come questo si ponga in sintonia con la visione efficientistica del procedimento amministrativo. In particolare, vengono fissati alcuni importati punti per semplificare e per accelerare la realizzazione degli interventi economici secondo il meccanismo, di matrice anglosassone, della *fast track procedure*³⁰. La discipli-

³⁰ Cfr. F. BASILICA, F. BARAZZONI, *Diritto amministrativo e politiche di semplificazione*,

na della *fast track procedure*, nell'ottica di accelerare i tempi dell'azione amministrativa, riveste particolare importanza per l'ordinamento giuridico, dal momento che con essa si prende atto della rilevanza del fattore temporale, soprattutto per ciò che attiene agli interventi strategici e infrastrutturali più significativi da compiere per rilanciare l'economia del Paese. Tale meccanismo fa parte degli strumenti regolatori di *soft law*³¹, con i quali i decisori pubblici, al fine di incentivare l'iniziativa economica e gli investimenti dei privati, possono intervenire per ridurre all'occorrenza la durata (o, meglio, i termini) e per accelerare l'*iter* del procedimento amministrativo.

In dettaglio, il d.P.R. 194/2016, secondo il menzionato strumento della *fast track*, prevede l'individuazione, con cadenza annuale, dei procedimenti amministrativi per i quali vi sia l'interesse pubblico (ma può leggersi anche "economico") ad una accelerazione dell'*iter*, nell'ambito di categorie procedimentali definite *ex ante* (art. 2); la riduzione, se del caso, dei termini per la loro realizzazione fino alla metà (art. 3); il ricorso, ove necessario, ai poteri di sostituzione delle amministrazioni inadempienti (art. 4).

Va detto che sul regolamento in commento si era espresso il Consiglio di Stato, con il parere n. 929 del 15 aprile 2016³². Il parere è importante ai fini della presente trattazione giacché fa emergere la rilevanza che ha acquisito e sempre più va acquisendo il fattore temporale dell'azione

Rimini 2014, 146. Secondo gli Autori, con la *fast track procedure* si interviene con misure di *deregulation* e di semplificazione normativa sul tempo del procedimento. Lo scopo è quello di concentrare la valutazione degli impatti *ex ante* ed *ex post* solo per le misure economicamente più onerose, anche nella prospettiva di riduzione dei costi.

³¹ Sulla *soft law*, nella dottrina italiana, si v. S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, cit., in part. 597-611; A. LA SPINA e G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna 2000, 194-195; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova 2008, 1 ss.; M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 701-706. Nei diversi settori del diritto, di recente, si v. V.A. BERNARDI, *Soft law e diritto penale: antinomie, convergenze, intersezioni*, in A. SOMMA (a cura di) *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino 2009, 1 ss.; R. BIN, *Soft law, no law, ivi*, 31 ss.; R. VOLANTE, *Il soft law come norma di diritto privato. Un tentativo di definizione, ivi*, 174 ss.

Nella dottrina francese si v. I. HACHEZ, *Balises conceptuelles autour des notions de «source du droit», «force normative» et «soft law»*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010, in part. 16-18.

Nella dottrina tedesca E. SCHMIDT ASSMAN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tubinga 2013, 57 ss.

Nella dottrina anglosassone si v. N. FOSTER, *Eu Law*, Oxford 2015, in part. 122 ss.

³² Cfr. Cons. Stato, comm. spec., parere 16 aprile 2016, n. 929.

amministrativa. Secondo la commissione speciale del Consiglio di Stato che ha redatto il richiamato parere, ciò che caratterizzerebbe il regolamento in esame, differenziandolo dalle iniziative precedenti, è la sua portata generale *ex ante*, riguardando questo tutti i procedimenti relativi «a rilevanti insediamenti produttivi, a opere di interesse generale o all'avvio di attività imprenditoriali», nonché la sua flessibilità *ex post*, dovendo trovare applicazione solo nei confronti degli specifici procedimenti, rientranti nelle tipologie elencate *ex ante*, per i quali si ravvisi in concreto un interesse pubblico alla loro accelerazione³³.

Scorrendo tra le disposizioni del decreto in commento, nondimeno importante, per quanto problematica, appare la previsione che attribuisce al Presidente del Consiglio dei ministri una posizione centrale nelle determinazioni acceleratorie, ivi compreso il potere sostitutivo, disciplinato all'art. 4, d.P.R. n. 194/2016, in caso di inerzia degli organi ordinariamente preposti ai procedimenti. Il regolamento prevede, ai sensi del citato art. 4, che in caso di infruttuosa decorrenza dell'ordinario termine di conclusione del procedimento di cui all'art. 2, l. n. 241/1990, il Presidente del Consiglio dei ministri possa procedere direttamente alla riduzione del termine sostituendosi agli organi inerti o delegare, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, a diverso soggetto il potere sostitutivo, fissando un nuovo termine per la conclusione di durata non superiore a quello originariamente previsto.

È interessante notare come la maggior parte delle norme del regolamento, inerenti alla semplificazione³⁴ e all'accelerazione dei tempi procedurali, faccia continuo riferimento al criterio di efficienza³⁵. Così è,

³³ Cfr. Cons. Stato, comm. spec., parere 16 aprile 2016, n. 929, punto 3.1.

³⁴ Per una disamina della semplificazione del procedimento nella visione del metodo dell'analisi economica sia consentito il rimando a D. VESE, *Semplificazione procedimentale, analisi economica e tutela del terzo*, in *Dir. econ.*, 2016, 545 ss.

³⁵ Sull'argomento dell'efficienza dell'azione amministrativa in dottrina si v. M.V. LUPÒ AVAGLIANO, *Le ragioni dello sviluppo economico sociale, l'efficienza dell'azione amministrativa e l'ingresso nell'ordinamento della 'nuova' cultura delle misurazioni*, in Id. (a cura di), *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri*, Milano 2007, 9 ss., dove, tra gli altri, viene sviluppato il tema delle misurazioni nella pubblica amministrazione. Il tema delle misurazioni, secondo il punto di vista sviluppato lungo il percorso ricostruttivo dell'A., s'incentra, in particolare, nella ricerca di adeguati strumenti di verifica e valutazione dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa. Partendo dalla constatazione del fatto che la pubblica amministrazione versa in uno «stato di (perenne) inefficienza», l'indagine cerca di definire nuovi parametri di riferimento e strumenti di misurazione adatti a rappresentare in modo efficace la complessa realtà del procedimento amministrativo. Così è per gli strumenti di misura-

ad esempio, per l'analisi di valutazione dell'impatto economico e sociale prevista dall'art. 2, comma 1, d.P.R. n. 194/2016, in base alla quale gli enti territoriali possono redigere un elenco di progetti ai quali può applicarsi la disciplina della riduzione dei termini dei procedimenti, ai sensi dell'art. 3 del regolamento e quella sul potere sostitutivo, di cui al successivo art. 4.

Il susseguente art. 5, d.P.R. n. 194/2016, stabilisce inoltre che, qualora l'intervento coinvolga esclusivamente, o in misura prevalente, il territorio di una regione, di un comune o di una città metropolitana e non sussista un preminente interesse nazionale alla realizzazione dell'opera,

zione della *performance* dei funzionari pubblici – poi recepiti dalla legislazione con il d. lgs. 150/2009 – che sono concepiti al fine di sostituire il tipico apparato sanzionatorio/repressivo, usato per giudicare l'operato dei dipendenti, con altro apparato che funga da incentivo (*nudge*) e correzione, piuttosto che da coercizione.

L'analisi verte poi anche sui ccdd. «sistemi di controllo direzionali», vale a dire su quei sistemi capaci di monitorare il mutamento delle logiche, delle procedure, dei tempi e delle qualità di funzionamento dell'amministrazione in modo che ne sia garantito il miglioramento e la riqualificazione continua della macchina burocratica. D'altra parte dove l'analisi è rapportata all'odierno contesto socioeconomico, dove i bisogni della collettività esigono un continuo adattamento dei procedimenti amministrativi, appare determinante l'atteggiarsi delle pubbliche amministrazioni in termini di efficienza, competenza e trasparenza delle procedure; il che equivale a dire che la funzione pubblica da mero sostegno a privati e a imprese deve divenire la “chiave di volta” della realizzazione di politiche economiche e sociali al passo con i tempi.

Sempre sull'argomento dell'efficienza si v. A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia, ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di) M.A. SANDULLI, Milano 2011, 22 ss., ma in part. 34-83. L'A. dedica due paragrafi del suo contributo ai «criteri di efficienza [...] connessi al tempo dell'azione amministrativa» e ai «[c]riteri di efficienza, celerità dell'azione amministrativa e istituti di semplificazione», particolarmente interessanti per l'indagine che si sta svolgendo. L'A., richiamando il contributo di F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, cit., 36, afferma come nell'odierno contesto socioeconomico, dove vi è una forte presenza delle leggi proprie del mercato, il «“tempo degli atti amministrativi [...] de[bba] essere un tempo certo, perché il tempo è una componente necessaria del mercato”», ragion per cui, peraltro, si osserva come effettivamente «“nella legge sul procedimento amministrativo il tempo dell'azione è diventato un tempo certo”» (p. 46).

Vero è che, in quest'ottica, ritrova una sua valenza la formula “amministrazione di risultato”. Essa esprimerebbe, sul piano istituzionale, la soluzione alle domande che provengono dal mondo del mercato. L'A. rileva, inoltre, come il criterio dell'accelerazione procedimentale venga sovente accostato, quasi a formare un'endiadi, con l'uno o l'altro dei criteri funzionali di matrice economica (p. 52). Ma è la stretta connessione con il principio del buon andamento che colora di significato l'accelerazione del procedimento amministrativo, assegnando a questo un significato ulteriore. Come si cercherà di dire, la certezza non rappresenta la sola componente in grado di assicurare il buon andamento dell'azione amministrativa occorrendo, nell'odierno contesto di mercato, anche la componente della celerità.

il Presidente del Consiglio deleghi, di regola, all'esercizio del potere sostitutivo, il Presidente della regione o il sindaco (art. 5, comma 1). Ove, invece, l'intervento coinvolga competenze delle regioni e degli enti locali, e non vi sia un interesse nazionale, le modalità di esercizio del potere sostitutivo saranno determinate previa intesa in Conferenza Unificata (art. 5, comma 2). A prima vista, l'art. 5, comma 1, sembra concernere i casi in cui l'intervento interessi unicamente (o in modo maggiore) il territorio di una regione o di un comune, mentre l'art. 5, comma 2, i casi in cui l'intervento coinvolga competenze di più regioni ed enti locali senza un preminente interesse nazionale.

L'art. 1, d.P.R. n. 194/2016, stabilisce altresì l'ambito di applicazione delle disposizioni regolamentari prevedendo, in particolare, che rientrino in tale ambito tutti i procedimenti amministrativi aventi ad oggetto autorizzazioni, licenze, concessioni non costitutive, permessi o nullao-sta comunque denominati, ivi compresi quelli di competenza delle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico, della salute e della pubblica incolumità, necessari per la localizzazione, la progettazione e la realizzazione delle opere, lo stabilimento degli impianti produttivi e l'avvio delle attività, stabilendo così, almeno in parte, un parallelo con l'ambito di applicazione della s.c.i.a. (art. 19, comma 1, l. n. 241/1990).

Tra le disposizioni più importanti del d.P.R. n. 194/2016 vi è quella dell'art. 3 che disciplina la riduzione dei termini procedurali, che, peraltro, incide direttamente sull'istituto del termine di cui all'art. 2, l. n. 241/1990. L'art. 3 del decreto citato, in attuazione del principio direttivo di cui all'art. 4, comma 1, lett. c), l. n. 124/2015, prevede inoltre la riduzione, in misura non superiore al cinquanta per cento rispetto ai termini di cui all'art. 2, l. n. 241/1990, dei termini di conclusione dei procedimenti necessari a individuare «la localizzazione, la progettazione e la realizzazione dell'opera, lo stabilimento dell'impianto produttivo e l'esercizio dell'attività».

Il meccanismo di riduzione contemplato dalla legge di riforma e recepito dal decreto in commento, come si può notare, sembra accogliere in pieno le tesi dell'analisi economica sull'accelerazione del procedimento amministrativo. Tant'è che siffatto meccanismo persegue la riduzione delle transazioni e dei relativi costi³⁶ – e dunque il dimezzamento dei ter-

³⁶ Sul punto cfr. F. DENOZZA, *Norme efficienti*, cit., spec. 38-39. Con l'espressione «costi di transazione» si indicano una vasta serie di fenomeni che hanno portata più ampia di quella cui la stessa espressione sembrerebbe alludere. Non vi sono solo i costi

mini di conclusione dei procedimenti – al fine di ottenere una maggiore efficienza dell'intero sistema amministrativo.

Tuttavia, anche solo per restare all'analisi giuseconomica, non è difficile portare argomenti che dimostrano come sia proprio la riduzione dei termini ad essere spesso fonte di inefficienza, generando, sotto vari profili, esternalità negative³⁷.

In veste critica preme osservare come la riduzione dei tempi procedurali dovrebbe essere graduata tenendo necessariamente conto della

materiali che devono essere sostenuti per la stipulazione e l'esecuzione dei contratti, ma tutti quegli ostacoli che si frappongono alla negoziazione delle transazioni di mercato, a partire dai profili che possono rendere più onerosa, per le parti, l'individuazione di quei contratti più convenienti da stipulare, sino ai profili che possono rendere più difficoltosa la diligente esecuzione delle prestazioni poste a carico delle parti contraenti. In tal senso si pensi, ad esempio, all'imposta di registro sui trasferimenti immobiliari che può essere concepita come «costo di transazione», allorché si ritiene che rallenti la circolazione dei beni immobili.

³⁷ Gli effetti esterni o esternalità negative comprendono fenomeni di economia e diseconomia esterna, ossia risultati in termini di costi (esternalità negative) o benefici (esternalità positive) che l'attività di un'impresa o di un privato può generare al di fuori delle contrattazioni di mercato a carico o a favore di un altro soggetto (ad esempio, nel diritto amministrativo, a favore o a carico dei terzi). Le esternalità furono descritte per la prima volta da A. MARSHALL, *Principles of Economics*, London 1890, 39 ss., e approfonditamente studiate, seppure con diversi approcci e soluzioni, dagli economisti Pigou e Coase. In particolare secondo l'impostazione offerta da A.C. PIGOU, *Economia del benessere*, Torino 1953, il problema delle esternalità negative va affrontato attraverso l'intervento pubblico e autoritativo dello stato, mediante la tassazione delle esternalità, in modo da correggere l'inefficiente allocazione delle risorse in presenza di costi privati e sociali divergenti, fissando l'importo dei tributi sul danno stimato. Tutt'altra tesi è quella sostenuta da R.H. COASE, *The problem of social cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, 1 ss., ora in ID., *Impresa, mercato e diritto*, Bologna 2006, 199 ss., il quale sposta l'accento sui meccanismi di (auto-)regolazione del mercato come soluzione ai fenomeni delle diseconomie esterne. Coase sostiene che la presenza di esternalità negative non sta a significare necessariamente che vi sia un'inefficiente allocazione delle risorse; così egli ritiene che gli attori economici sono in grado di contrattare volontariamente l'eliminazione degli effetti esterni, potendo raggiungere miglioramenti pareto-efficienti indipendentemente dall'intervento dei pubblici poteri. È bene aggiungere, sul punto, che quest'interpretazione della visione di Coase e del suo teorema viene comunemente offerta dalla scuola stigleriana (cfr. G. STIGLER, *The Theory of Price*, New York 1987, 9 ss.). La stessa interpretazione è stata criticata da D. McCLOSKEY, *The Good old Coase Theorem and the Good Old Chicago School: A Comment on Zerbe and Medema*, in S.G. MEDEMA, (ed. by), *Coasean Economics: Law and Economics and the New Institutional Economics*, Boston 1998, 239-248. Secondo McCloskey Coase era ben lontano dal pensare che vi fossero mercati privi di costi di transazione, anzi, al contrario, egli era convinto che tale ipotesi fosse decisamente irrealistica. Infatti, secondo l'interpretazione mccluskiana, Coase, avendo bene in mente il fatto che i mercati non potessero autoregolarsi per la presenza di elevati costi di transazione, considerava inevitabile l'intervento dei pubblici poteri.

concreta sostenibilità dei tempi degli interessi pubblici coinvolti, oltre che degli uffici amministrativi incaricati del procedimento e dei privati interessati. Infatti, non è da escludere che l'auspicata riduzione dei termini, da fonte di efficienza, possa tramutarsi in fonte d'inefficienza sotto i seguenti profili: tempi procedurali ridotti, applicandosi anche alle amministrazioni preposte alla tutela di interessi pubblici ccdd. sensibili, possono mettere a repentaglio la salvaguardia degli interessi stessi (ambiente, paesaggio, territorio, salute pubblica, pubblica incolumità ecc.); riduzioni dei termini possono provocare l'aumento del carico burocratico degli uffici amministrativi, soprattutto se non venissero correlativamente aumentate le risorse umane alle dipendenze degli uffici stessi; riduzioni dei termini possono ridurre a loro volta i tempi a disposizione degli attori economici (singoli e imprese), chiamati così a svolgere gli adempimenti necessari in un minore lasso di tempo e con il (maggiore) rischio di incompletezze ed errori istruttori.

In realtà, come si è detto, il ridimensionamento dei termini procedurali dovrebbe essere graduato tenendo conto della concreta sostenibilità dei tempi degli interessi pubblici coinvolti, degli uffici amministrativi e dei privati. Tali aspetti andrebbero considerati dalle amministrazioni in sede di esercizio del potere di riduzione dei termini di conclusione del procedimento per definire, in concreto, una misura sostenibile che rispetti il limite massimo previsto del cinquanta per cento come contemplato dall'art. 2, l. n. 241/1990.

Per fare in modo che venga effettivamente valorizzato il profilo sotteso alla sostenibilità dei nuovi termini di cui all'art. 3 del regolamento, si potrebbe interpretare la disposizione in parola ricollegandola a quella dell'art. 2, comma 4, l. n. 241/1990, che disciplina la possibilità di fissare termini di conclusione del procedimento in misura maggiore rispetto ai novanta giorni (individuato dall'art. 2, comma 3, l. n. 241/1990, come limite massimo alla durata del procedimento amministrativo)³⁸. In tal guisa, l'art. 2, comma 4, nel prevedere questo singolare allungamento dei termini, contiene uno specifico riferimento alla sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento.

Se il risultato economico, come sinora visto, costituisce il fine cui deve tendere la moderna amministrazione disegnata dalle recenti leggi di riforma, la certezza dell'azione amministrativa rappresenta una com-

³⁸ Cfr. Cons. Stato, comm. spec., parere 16 aprile 2016, n. 929, punto 4.1.

ponente quanto mai essenziale dello stesso risultato. Ma la certezza del procedimento, come si è cercato di mettere in luce analizzando la recente riforma, di per sé non è sufficiente a garantire un'azione amministrativa economicamente efficiente. Vi è un altro e più importante fattore che emerge dal binomio amministrazione/mercato: l'accelerazione del procedimento.

Se la previsione di un termine certo con cui deve svolgersi il procedimento amministrativo rappresenta la prima garanzia che l'attore del mercato confida di trovare nell'ordinamento giuridico, nel contesto economico globale, l'accelerazione dell'azione amministrativa diviene una caratteristica quanto mai essenziale, in base alla quale si stabilisce quando e come l'attore economico investirà con la sua attività. Da ciò è facile intendere che quanto più celere sarà l'azione dei pubblici poteri, tanto maggiore sarà la possibilità che l'attore economico si risolva ad investire in un ordinamento piuttosto che in un altro. D'altra parte, se si prende atto che l'attuale scarsità delle risorse finanziarie condiziona in vario modo gli investimenti, ridimensionando l'iniziativa economica dei privati (art. 41 Cost.), allora è evidente che la capacità delle amministrazioni di svolgere rapidamente le varie fasi istruttorie e giungere alla conclusione del procedimento costituisce un fattore indispensabile per attrarre gli investimenti dei privati nel settore amministrativo.

È in questo ordine economico che il tempo dell'azione amministrativa, oltre che come effettivo, si impone come tempo "accelerato". Non solo, dunque, come «tempo certo»³⁹, o se si vuole statico, ma anche come tempo dinamico, perché necessario e rispondente alle dinamiche tipiche del mercato. Così, sebbene la dottrina abbia sostenuto da sempre l'esistenza di istituti giuridici volti ad assicurare che gli atti amministrativi non restino incerti nel *quando*⁴⁰, il passo ulteriore, in risposta ad un'esigenza di celerità sempre più forte andata affermandosi nell'odierno contesto finanziario mondiale – ove, peraltro, l'amministrazione sembra possa assimilarsi a un qualsiasi operatore del mercato – è quello di considerare gli stessi o altri istituti al fine di garantire anche la speditezza dell'azione amministrativa.

Vero è che, in quest'orizzonte, la speditezza va assumendo sempre di più il ruolo di variabile temporale indispensabile per il buon anda-

³⁹ F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'Amministrazione del mercato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE, (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 36.

⁴⁰ Cfr. A.M. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari 1988, 50 ss., ma in part. 56-58.

mento⁴¹ (l'efficienza) dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) e, dunque, per il soddisfacimento pratico dei bisogni economici di privati e imprese⁴² (art. 41 Cost.).

4. *La fase conclusiva del procedimento amministrativo e il silenzio-assenso come istituto di accelerazione temporale*

Prima di passare all'esame del preavviso di rigetto occorre però soffermarsi, in questo paragrafo, sulla disciplina del termine di conclusione del procedimento amministrativo (art. 2, l. n. 241/1990), per comprendere come viene effettivamente regolata la materia temporale dalla l. n. 241/1990. Subito dopo, una volta inquadrata la struttura temporale su cui poggia l'azione amministrativa, si passerà ad esaminare il silenzio-assenso (art. 20, l. n. 241/1990) come istituto di accelerazione temporale del procedimento.

⁴¹ Sul canone del buon andamento, nella dottrina classica, si v. R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Padova 1940, 104 ss.; G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano 1953, 9 ss.; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966, 67 ss.; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova 1979, spec. 14-27; F. BENVENUTI, *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Roma 1980; P. CALANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di V. Bachelet*, vol. I, Milano 1987, 157 ss.; Id., *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma 1988, 1 ss.; G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona 1993, 1 ss.; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino 1993; C. PINELLI, *Art. 97*, in *Commentario della Costituzione* fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma 1994.

Più recentemente, R. CARANTA, *Art. 97*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, II, 1889 ss.; F. SALVIA, *La buona amministrazione e i suoi miti*, in *Dir. e soc.*, 2004, 551 ss.; L. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 31 ss.; M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico. Report annuale – 2011 – Italia*, in *www.ius-publicum.com*, aprile 2011; G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino 2011, 83 ss.; A. GIUFFRIDA, *Il "diritto" ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustizibilità*, Torino 2012, 5 ss.; A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, cit., 22 ss.

⁴² Sul punto si v. G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova 1967, 89-92. Secondo l'A. il buon andamento non può qualificarsi né come vincolo modale né come scopo. In altri termini esso non «potendosi ascrivere ad una esigenza di conformità giuridica» deve inserirsi in una esigenza di «conformità pratica». Vale a dire, il buon andamento della pubblica amministrazione impone una disciplina che permetta e che faciliti l'esercizio dei poteri, affinché il potere ottenga il suo risultato.

Con riferimento alla disciplina del termine, individuare il preciso momento in cui il procedimento amministrativo possa dirsi formalmente avviato è importante, poiché solo con riferimento ad esso è possibile fissare il termine entro il quale il procedimento stesso deve ritenersi concluso. In particolare, l'art. 2, comma 6, l. n. 241/1990, si preoccupa di stabilire che il termine decorra dall'inizio del procedimento d'ufficio oppure, ove il procedimento abbia avuto inizio su impulso di parte, dal ricevimento della domanda del privato. La legge dunque, come si può vedere, traccia in modo preciso i due segmenti temporali in cui il procedimento amministrativo comincia e si conclude.

L'art. 2, comma 2, l. n. 241/1990, afferma, specificando ulteriormente, che il procedimento deve essere concluso entro il termine stabilito dalla legge stessa o dai regolamenti. Sono due, quindi, le modalità con cui può stabilirsi il termine di conclusione dell'*iter* amministrativo: la fonte legislativa e quella regolamentare.

Il procedimento, inoltre, può dirsi formalmente concluso con l'emanazione dell'ultimo atto utile, costituito generalmente – ma non necessariamente – dalla decisione dell'amministrazione. Si è detto non necessariamente, e ciò perché il procedimento può anche concludersi in modo alternativo rispetto all'ordinario *iter* procedimento-provvedimento: è il caso del silenzio-assenso (art. 20, l. n. 241/1990), ove il legislatore, come vedremo appresso, in coerenza con l'intento acceleratorio e semplificatorio che è posto alla base della norma, non ha previsto alcuna fase decisoria espressa, tant'è che il procedimento può concludersi senza l'adozione di un formale provvedimento da parte dell'amministrazione.

L'istituto del silenzio-assenso⁴³ disciplinato dall'art. 20, l. n. 241/1990,

⁴³ Per la dottrina classica sull'istituto del silenzio (e, dunque, prima dell'entrata in vigore della l. n. 241/1990) si v. O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 7 ss.; U. BORSI, *Il silenzio della pubblica amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1903, 252 ss.; A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma 1917, 250 ss.; R. RESTA, *Il silenzio come esercizio della funzione amministrativa*, in *Foro amm.*, 1929, IV, 106 ss.; U. FORTI, *Il "silenzio" della pubblica amministrazione e i suoi effetti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1932, 121 ss.; A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di silenzio della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1949, III, 128 ss.; ID., *Il silenzio accogliamento nella legge Nicolazzi*, in *Riv. giur. edil.*, 1982, 53 ss.; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. soc.*, 1982, 715 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Inerzia a provvedere da parte della pubblica amministrazione e tutela del cittadino*, in *Foro pad.*, 1956, I, 175 ss.; F. LA VALLE, *Profili giuridici dell'inerzia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 360 ss.; S. CASSESE, *Inerzia e silenzio della P.A.*, in *Foro amm.*, 1963, I, 30 ss.; F. LEDDA, *Il rifiu-*

con riferimento ai procedimenti ad istanza di parte, ammette dunque

to di provvedimento amministrativo, Torino 1964; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano 1971; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in ID. (a cura di) *Dizionario amministrativo*, vol. I, Milano 1983, 101 ss.; A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova 1985; ID., *Silenzio assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al D.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, in *Foro amm.*, II, 1993, 601 ss.; ID., *Silenzio-assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 16 ss.; ID., *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2002, 5/3, 227-233.

Per la dottrina dopo l'entrata in vigore della l. n. 241/1990 e le riforme del 2005 si v. G. VESPERINI, *Celerità dell'azione amministrativa, tutela di interessi ambientali e regole di utilizzazione del silenzio assenso: alcune osservazioni in margine ad una recente decisione della Corte di giustizia delle comunità europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 901 ss.; A. PAJNO, *Gli artt. 19 e 20 della l. n. 241 prima e dopo la l. 24 dicembre 1993, n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 40 ss.; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 393 ss.; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano 1996; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attizie e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla l. 14 maggio 2005 n. 80*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, 2798 ss.; ID., *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale*, Milano 2002; P. CARPENTIERI, *Il silenzio assenso nel sistema dell'art. 20 l. 7 agosto 1990 n. 241 e dei reg. governativi 26 aprile 1992 n. 300 e 9 maggio 1994 n. 407: un istituto ancora non adeguatamente disciplinato*, in *Foro amm.*, 1997, 2586 ss.; A. TRAVI, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 239 ss.; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attizie e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla l. 14 maggio 2005 n. 80*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, 2798 ss.; M. D'ORSOGNA, *La tutela avverso il silenzio della pubblica amministrazione*, in A. ZITO, D. DE CAROLIS (a cura di), *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica. Atti della Tavola rotonda*, Teramo, 3 maggio 2002, Milano 2003, 169 ss.; M. ANDREIS, *Silenzio-assenso, semplificazione competitiva e D.I.A.: problemi e profili applicativi alla luce dei nuovi articoli 19 e 20 della L. 241/1990, sostituiti dalla L. 80/2005*, Milano 2005; ID., *La conclusione inespressa del provvedimento*, Milano 2006, G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., 265 ss.; A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2006, 489 ss.; L. FERRARA, *Dia (e silenzio-assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. amm.*, 2006, 759; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 99 ss.

Per la dottrina più recente si v. A. SCOGNAMIGLIO, *Silenzio assenso e "interesse pubblico" all'annullamento*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 411 ss.; N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino 2008, 479 ss.; E. BOSCOLO, *Il perimetro del silenzio-assenso tra generalizzazioni, eccezioni per materia e norme previgenti*, in *Urb. app.*, 2009, 457 ss.; W. GIULIETTI, *Commento all'art. 20*, in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma 2010, 485 ss.; M.A. SANDULLI, *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove autonomie*, 2012, 435; M. D'ARIENZO, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo. Silenzio patologico e danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, Napoli 2012; C. GUACCI, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012,

la possibilità che l'*iter* amministrativo si concluda mediante l'inerzia⁴⁴ dell'amministrazione procedente⁴⁵, cui è ricollegata la produzione degli effetti corrispondenti a quelli di un provvedimento positivo⁴⁶, in accoglimento a quanto richiesto dal privato nella sua istanza⁴⁷ (cd. provvedimento tacito di assenso).

È bene notare, poi, che l'art. 20, al comma 1 precisa, a garanzia dell'effettiva accelerazione dell'*iter* procedimentale e della sua definizione, la non necessarietà di ulteriori istanze o diffide formulate dal privato all'amministrazione competente affinché questa provveda⁴⁸. Si capovolge quindi, secondo questo meccanismo, l'ordinario *iter* con cui si giunge alla chiusura del procedimento, stabilendosi altresì che l'inerzia dell'amministrazione nei procedimenti ad istanza di parte equivarrà a un provvedimento di accoglimento della domanda, salvo che la medesima amministrazione non comunichi all'interessato, nel termine previsto, il provvedimento di diniego (art. 20, comma 1).

Se si leggono le disposizioni sul silenzio-assenso assieme alle recenti riforme della pubblica amministrazione, l'interprete può ben compren-

5 ss.; L. BERTONAZZI, *Silenzio-assenso e nulla osta dell'Ente parco: note a margine di due recenti sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *GiustAmm.it*, 2, 2017.

⁴⁴ Cfr. A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990*, cit., 489 ss., per il quale il silenzio-assenso costituisce, nell'ambito dei regimi autorizzatori vigenti, un'alternativa al provvedimento relativa all'eventualità dell'inerzia dell'amministrazione e basata sulla produzione *ex lege* dell'effetto di assenso.

⁴⁵ Come è noto la dottrina classica ricollegava la fattispecie del silenzio sul principio volontaristico nella logica dell'atto amministrativo interpretando il fatto del silenzio, come atto tacito sulla scorta di un comportamento concludente. In tal senso si v. O. RANELLETTI, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1894, 369; F. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione e approvazione*, Modena 1903, 70; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, (poi ed. rist. a cura di G. MIELE, 1960), Padova 1914-1918, 576; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Padova 1914 *passim*; U. FORTI, *Il silenzio della pubblica amministrazione e i suoi effetti processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, 127.

⁴⁶ Cfr. A. TRAVI, *Silenzio-assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, cit., 17, dove è detto che «[i]l silenzio-assenso è equivalente, quanto ad effetto giuridico, a un provvedimento amministrativo».

⁴⁷ Cfr. A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., 99, dove è detto che «il silenzio-assenso non comporta alcun superamento del regime giuridico che sarebbe realizzato dall'atto amministrativo corrispondente, ed anzi si caratterizza proprio per la realizzazione del medesimo regime».

⁴⁸ Cfr. G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, cit., 718-719, dove è detto che «[i]l richiedente [...] non viene penalizzato dall'inerzia degli apparati pubblici» sicché «[l]'effetto positivo si produce automaticamente: il privato non deve nemmeno presentare istanze o diffide».

dere come il fattore tempo rivesta un ruolo preminente anche nella fase decisoria del procedimento amministrativo. E ciò perché la legge, dando rilevanza alla mera inerzia della pubblica amministrazione, la investe, allo scadere dei termini (*rectius* al trascorrere del tempo), del valore di provvedimento a favore del privato.

Ma dov'è il fattore di accelerazione nel silenzio-assenso? A prima vista si potrebbe dire, non senza una forzatura terminologica, che si tratta tutt'al più di una forma di "semplificazione temporale": al trascorrere del tempo una mancata presa di posizione (volontaria o non) dell'autorità procedente semplifica la vita sia al privato che al responsabile del procedimento.

In realtà l'accelerazione del procedimento è insita non tanto nel meccanismo con cui si genera il silenzio significativo (lo scorrere del tempo previsto dalla legge o dal regolamento), ma nel fatto che il privato viene affrancato, sin dall'inizio, da una fase decisoria espressa, generalmente contemplata nell'ordinario procedimento per provvedimento rispetto al procedimento per assenso. Osservata da altra angolazione, infatti, la disciplina dell'art. 20, l. n. 241/1990, rende ben visibile come l'amministrazione abbia il dovere di decidere in modo espresso soltanto ove intenda rifiutare il provvedimento richiesto dal privato, potendo altrimenti restare "in silenzio".

Su quest'ultimo punto è bene ricordare, però, che l'art. 20, comma 4, l. n. 241/1990, contempla un'importante serie di eccezioni allo strumento del silenzio-assenso, ampliando così l'ambito in ordine al quale la pubblica amministrazione deve agire con un provvedimento espresso. Si tratta dei casi in cui i procedimenti hanno ad oggetto beni e interessi meritevoli di particolare protezione da parte dell'ordinamento, come il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità nonché, da ultimo, la prevenzione del rischio idrogeologico⁴⁹.

L'ultima parte dell'art. 20, comma 4, prevede, inoltre, che l'istituto del silenzio-assenso non venga applicato ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, né ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, né ancora agli atti e ai procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del mi-

⁴⁹ Il rischio idrogeologico è stato introdotto dall'art. 54, comma 2 della l. 28 dicembre 2015, n. 221, sulla scorta dell'aumentato rischio del Paese per alluvioni, inondazioni, esondazioni ecc.

nistro per la funzione pubblica, di concerto con i ministri competenti. Le eccezioni poco sopra richiamate, dunque, coincidono con l'ambito entro il quale la pubblica amministrazione è chiamata a provvedere in modo espresso alle istanze del privato.

Va detto che, sempre in un'ottica acceleratoria, la l. n. 124/2015 all'art. 5, comma 1 (rubricato «segnalazione certificata di inizio attività, silenzio-assenso, autorizzazione espressa e comunicazione preventiva») ha delegato il Governo ad adottare – sulla base dei principi e criteri direttivi desumibili dagli stessi articoli, dei principi del diritto dell'Unione europea relativi all'accesso alle attività di servizi e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità – uno o più decreti per la precisa individuazione dei procedimenti oggetto di silenzio-assenso, ai sensi dell'art. 20 della l. n. 241/1990. Sempre all'art. 5, comma 1, la legge 124/2015 ha disposto l'introduzione di una disciplina attinente alle attività non assoggettabili ad autorizzazione preventiva espressa, la definizione delle modalità di presentazione e dei contenuti *standard* degli atti degli interessati e di svolgimento della procedura, anche telematica, nonché gli strumenti per documentare o attestare gli effetti prodotti dai predetti atti, prevedendo, altresì, l'obbligo di comunicare ai soggetti interessati, all'atto della presentazione di un'istanza, i termini entro i quali l'amministrazione è tenuta a rispondere oppure entro cui il silenzio dell'amministrazione dovrà equivalere ad accoglimento della domanda.

Con il d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222, il Governo ha esercitato la delega prevedendo all'art. 1, comma 5, le attività per le quali è indicata l'applicazione del silenzio-assenso, ai sensi dell'art. 20, l. n. 241/1990. In particolare, l'art. 1, d.lgs. n. 222/2016, nell'ottica di accelerare l'operatività dell'istituto e realizzare quella che potremmo definire, con parole di una dottrina, la «mappatura»⁵⁰ delle attività assoggettate alla disciplina del silenzio-assenso, stabilisce la precisa individuazione delle attività che si risolvono con l'applicazione dell'art. 20 della legge sul procedimento, predisponendo così un'apposita tabella, allegata al citato decreto, recante le attività e il relativo regime che deve essere tassativamente rispettato dalle amministrazioni procedenti.

È bene constatare, per quanto sinora detto, che con le disposizioni di cui all'art. 20 si è in presenza di un'ipotesi derogatoria normativamente prevista e che, ove non venga altrimenti disposto, la legge chiarisce che

⁵⁰ Per quest'espressione cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2016, 527.

di regola la pubblica amministrazione ha il dovere di concludere il procedimento «mediante l'adozione di un provvedimento espresso» (art. 2, comma 1, l. n. 241/1990).

Tuttavia la legge, sempre nell'ottica di dare maggiore speditezza all'azione amministrativa, ha previsto possibilità ulteriori. Così lo stesso art. 2, comma 1, è stato recentemente modificato dall'art. 1, comma 38 della l. 6 novembre 2012, n. 190, il quale ora stabilisce che le amministrazioni possono concludere il procedimento anche «con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata [qualora esse, nella domanda presentata, ravvisino la] manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza [della pretesa del privato]». La disposizione inoltre, precisa che l'amministrazione, in tali ipotesi, può assolvere l'obbligo di motivazione del provvedimento di diniego anche facendo sinteticamente riferimento al «punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo» per la definizione (negativa) del procedimento.

Sembra ragionevole ritenere che la norma in parola possa anch'essa collocarsi nel processo di riforme indirizzate a imprimere una decisa accelerazione temporale alla definizione dei procedimenti amministrativi, essendo anch'essa destinata a ridurre lo spettro dei casi per i quali occorre adottare un provvedimento espresso di diniego non semplificato. Anche in quest'ultima ipotesi, infatti, si è al cospetto di una modalità alternativa, per certi versi normativamente derogatoria, del dovere di concludere il procedimento con un provvedimento espresso⁵¹. Ma vi è di più, in quanto la disposizione che si esamina, come è stato efficacemente notato in dottrina⁵², con l'introduzione del provvedimento motivato in forma semplificata, non solo stabilisce un parallelo con una analoga disposizione del d.lgs. 2 luglio del 2010, n. 104 (l'art. 74), ma, prevedendo un provvedimento "di rito", impone di pensare al procedimento come a un sistema retto dal principio della domanda e destinato a svolgersi con moduli di trattazione analoghi a quelli processuali. E ciò è significativo proprio sotto l'aspetto temporale, soprattutto se si pensa che la sentenza in forma semplificata prevista dall'art. 74 c.p.a. assolve principalmente la funzione di accelerare la definizione delle controversie innanzi agli organi giurisdizionali, nell'ottica di ottenere la deflazione del contenzioso amministrativo e di rendere più efficiente il sistema della giustizia amministrativa⁵³.

⁵¹ E. CASSETTA, *op. ult. cit.*, 403.

⁵² Così L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 53.

⁵³ L'art. 74 del c.p.a. recita con formula quasi identica a quella dell'art. 2, comma 1,

Al riguardo si può constatare come la disposizione inserita nella legge sul procedimento dalla l. n. 190/ 2012 rientri pienamente nella visione efficientistica – qui, lo si ribadisce, analizzata sotto l'aspetto temporale – delle norme emanate recentemente dal legislatore.

La trasposizione nel procedimento della disposizione che prevede la risoluzione in forma semplificata della domanda del privato – e soprattutto di quel privato che opera in veste di attore economico – può essere interpretata come misura atta ad impedire che nel contesto di mercato di riferimento accedano soggetti che, per vari motivi, non hanno titolo per entrarvi. Così, in parallelo con quanto avviene nel processo, anche nel procedimento amministrativo si può ritenere irricevibile la domanda del privato qualora sia previsto, a pena di decadenza, un termine per la sua proposizione e questo non venga rispettato. È inammissibile o improcedibile se, originariamente o in corso di procedimento, accada che poi a mancare sia l'interesse del soggetto al rilascio del provvedimento, e ciò si verificherebbe nel caso in cui venga meno la situazione giuridica soggettiva di vantaggio, direttamente connessa a un bene della vita che il soggetto conseguirebbe dall'adozione dell'atto richiesto. Sarà manifestamente infondata, infine, se risulterà essere non meritevole di accoglimento senza necessità di dover attivare istruttorie o valutazioni complesse da parte dell'amministrazione procedente.

La disposizione in commento va posta in relazione anche con la norma di cui all'art. 6, l. n. 241/ 1990, che stabilisce i compiti del responsabile del procedimento. Secondo l'art. 6 citato il responsabile del procedimento valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione e i presupposti che sono rilevanti per l'emanazione del provvedimento. Sempre nell'ottica acceleratoria il responsabile accerta d'ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari; adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. Inoltre, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. *b*), il responsabile del procedimento può chiedere il rilascio e/o la rettifica delle dichiarazioni e delle istanze erronee o incomplete, compiendo in tal senso accertamenti tecnici e ispezioni, nonché ordinando esibizioni documentali. Ove ve ne sia bisogno il responsabile propone l'indizione o, avendone la competenza, indice la conferenza di servizi di cui all'articolo 14, l. n. 241/1990, (art.

l. n. 241/1990, che nel caso in cui ravvisi «[...] la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il giudice decide con sentenza in forma semplificata. La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo».

6, comma 1, lett. c). Al responsabile del procedimento è demandata anche la cura delle comunicazioni, delle pubblicazioni e delle modificazioni previste dalle leggi e dai regolamenti (art. 6, comma 1, lett. d). Infine, sempre ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. e), al responsabile del procedimento è assegnato il compito di adottare il provvedimento.

Nel caso in cui il responsabile del procedimento non sia competente dovrà trasmettere gli atti ad altro organo affinché proceda con l'adozione del provvedimento. Tuttavia in quest'ultimo caso la legge, nell'intento di preservare lo spirito di accelerazione dell'azione amministrativa insito nella disposizione in parola, stabilisce che l'organo competente per l'adozione del provvedimento non possa discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento, se non indicandone espressamente la motivazione nel provvedimento finale.

Si tratta di una misura che preserva la configurazione efficientistica dell'azione amministrativa attuata con l'istituzione del responsabile del procedimento, che diviene così l'organo propulsivo per eccellenza di cui la legge si serve per accelerare le varie fasi intermedie del procedimento e addivenire, quindi, in un minor lasso di tempo alla fase finale.

A ben vedere, se non le si considera prestando attenzione solo agli aspetti di efficienza economica, le disposizioni di cui agli artt. 2, comma 1 e 6, l. n. 241/1990, possono essere interpretate in chiave maggiormente garantista per il privato che si relaziona con l'amministrazione.

Invero, consolidando la posizione del privato e la sua pretesa ad avere comunque una risposta dall'amministrazione, tali norme limitano in concreto l'operatività del silenzio nella sua valenza di rifiuto preliminare all'esercizio della funzione.

È bene precisare, infine, che la disposizione di cui all'art. 2, comma 1, l. n. 241/1990, adotta la dizione di provvedimento semplificato e non già di procedimento. Per questa ragione ad esso si continuano ad applicare tutte le garanzie procedurali previste dalla l. n. 241/1990, ivi inclusa la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza *ex art. 10-bis* inerente all'istituto del preavviso di rigetto, di cui ora conviene trattare.

5. *Il preavviso di rigetto nella prospettiva temporale dell'azione amministrativa*

Dopo aver visto che il legislatore, in ottica efficientistica, ha introdotto alcune norme con la funzione di imprimere un'accelerazione ai tempi

di conclusione del procedimento amministrativo, è necessario ora considerare se vi siano disposizioni, che, ponendosi in una prospettiva diversa da quella acceleratoria, possano essere (re)interpretate quali norme che segnano un rallentamento della procedura a garanzia di maggiore ponderazione e tutela degli interessi coinvolti all'interno dell'azione amministrativa.

In questa prospettiva, nei paragrafi che seguono si proverà a interpretare le disposizioni inerenti all'istituto del preavviso di rigetto, contemplate dall'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990, quali norme che pongono in relazione, da un lato, l'esigenza di un'azione efficiente, così come richiesto dall'odierno contesto economico in cui l'amministrazione opera, e dall'altro la necessità di un'azione imparziale, così come richiesto dall'ordinamento giuridico per la tutela dei diritti delle persone.

In modo più preciso, secondo questo ordine di idee, si leggeranno le disposizioni attinenti all'istituto del preavviso di rigetto quale misura che, dilatando l'ordinario termine di conclusione del procedimento, tutela le posizioni giuridiche dei privati mediante l'apertura di un'apposita finestra temporale e rende effettivo il momento dialettico fra l'amministrazione e il privato.

La disciplina del preavviso di rigetto⁵⁴, introdotto in seno alla legge

⁵⁴ Sull'istituto del preavviso di rigetto si v. G. BOTTINO, *Commento all'art. 10-bis*, l. n. 241/1990, in V. ITALIA (a cura di), *L'azione amministrativa*, Milano 2005, 394 ss.; ID., *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di parte: considerazioni su di una prima applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 10-bis, l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 5, 2005, 1554 ss.; S. TARULLO, *Funzione e prospettive del preavviso di rigetto alla luce dei primi orientamenti giurisprudenziali*, in *Nuove autonomie*, 2005, 559 ss.; ID., *L'art. 10 bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *GiustAmm.it*, 2, 2005; E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al preavviso di rigetto*, in *Dir. amm.*, 2005, 1005 ss.; D. CHINELLO, *Portata e limiti della partecipazione al procedimento amministrativo dopo la legge n.15/2005*, in *www.lexitalia.it*, 5, 2005; M. LUCCA, *Il c.d. preavviso di rigetto tra buona fede e legittima aspettativa del privato*, *ivi*, 6, 2005; G. MICARI, *Il preavviso di rigetto provvedimento, la partecipazione nella partecipazione e l'art. 21octies della l. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale* in *Giur. mer.*, 2006, 1543; S. FANTINI, *Il preavviso di rigetto come garanzia «essenziale» del cittadino e come norma sul procedimento*, in *Urb. app.*, 2007, 1384 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*, cit., 50-52; S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, 437 ss.; L. MASTRECCHIA, *Il preavviso di rigetto: applicabilità ai procedimenti delle Regioni a statuto speciale dei principi sottesi all'art. 10-bis l. n. 241 del 1990 quali principi generali dell'ordinamento della Repubblica* in *Giur. merito*, 2008, 235; O.M. CAPUTO, *Preavviso di diniego, osservazioni e difetto di specifica confutazione. Natura del vi-*

sul procedimento amministrativo dall'art. 6, l. 11 febbraio 2005, n. 15, prevede che nei procedimenti ad istanza di parte, prima della formale adozione di un provvedimento di non accoglimento della domanda del privato, l'amministrazione comunichi «tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda» (art. 10-*bis*, comma 1, primo periodo).

La disposizione in parola delinea un quadro chiaro e lineare che può essere plasticamente riassunto nel modo seguente.

Con l'introduzione dell'art. 10-*bis* nella fondamentale l. n. 241/1990 il legislatore si è preoccupato, per la prima volta, di offrire al cittadino uno strumento che fosse in grado di metterlo in contatto con l'amministrazione in un momento tipico del procedimento: l'imminente rigetto dell'istanza.

Si è detto "imminente" per enfatizzare il fatto che l'amministrazione ha l'obbligo di comunicare la decisione sfavorevole al privato non appena il responsabile del procedimento abbia portato a termine l'istruttoria, compiendo tutti gli adempimenti necessari previsti all'uopo dalla legge.

In realtà osservando meglio la disposizione, l'art. 10-*bis* non prevede testualmente alcun obbligo giuridico in capo al responsabile o all'autorità competente di far adottare il preavviso di rigetto non appena vengano ravvisate le ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza. Così può ben accadere che interpretazioni meno stringenti della norma possano "allargare" il tempo entro il quale l'amministrazione può comunicare il preavviso di rigetto, con il risultato di rallentare il procedimento. Si pensi al responsabile, che, ricevendo le carte relative ad un permesso di costruire palesemente carente di un requisito (ad es., la mancanza del progetto firmato dall'architetto), non si risolve a comunicare immediatamente i motivi che ostano all'istanza del privato, ma, al contrario, lascia decorere l'ordinario termine previsto per la conclusione del procedimento. In questo come in altri casi si genera un aggravio istruttorio sul versante temporale che è difficilmente sanabile tutte le volte in cui il privato può replicare positivamente al preavviso di rigetto, magari integrando prontamente il requisito inizialmente mancante.

Alla situazione sopra descritta, in realtà, può soccorrere un'interpretazione diversa della norma.

Anzitutto, se si legge con attenzione la disposizione dell'art. 10-*bis*, un

obbligo di non rallentare la procedura per l'amministrazione precedente esiste ed è da ricondursi all'avverbio «tempestivamente» che la norma accosta alla comunicazione che il responsabile deve fornire al privato. Il responsabile del procedimento ha l'obbligo, non appena abbia rilevato i motivi che sono di impedimento all'accoglimento dell'istanza del privato, di comunicarglieli immediatamente, senza cioè attendere, magari in modo dilatoriamente opportunistico, lo scadere dell'ordinario termine di conclusione del procedimento.

È vero anche, però, che a questa interpretazione si può avanzare la seguente obiezione: nel testo dell'art. 10-*bis* all'avverbio «tempestivamente» non segue alcuna disposizione che rende cogente l'agire tempestivo del responsabile del procedimento; e ciò vanificherebbe di fatto l'aspetto acceleratorio ed efficientistico dell'istituto.

A questa obiezione, senz'altro fondata, può replicarsi nel modo seguente. La disposizione dell'art. 10-*bis* non va isolata dal contesto della legge sul procedimento. Anzi va letta e messa in relazione con altri principi che ne arricchiscono il contenuto normativo. Per questa via l'art. 10-*bis* rafforza senz'altro un obbligo che, secondo il mio punto di vista, era già presente fra le righe della legge sul procedimento. Si fa riferimento al generale obbligo di concludere il procedimento disciplinato nei vari commi dell'art. 2 della l. n. 241/1990. Queste disposizioni prevedono, sotto vari profili, molteplici responsabilità a carico del responsabile del procedimento che non porti tempestivamente a termine l'istruttoria. Così, in parallelo, anche per i casi dell'art. 10-*bis* non vi è ragione che osti all'applicazione, in via analogica, della disposizione di cui all'art. 2, comma 9-*ter*, l. n. 241/1990, a mente del quale, una volta che sia decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento, il privato può rivolgersi al responsabile dello stesso affinché, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concluda il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario *ad acta*.

Non è invece applicabile all'art. 10-*bis*, a mio avviso, la responsabilità prevista dall'art. 9, comma 1, l. n. 241/1990, secondo cui la mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della *performance*, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente. Nel citato art. 9, comma 1, si è dinanzi ad una fattispecie che richiama disposizioni para-sanzionatorie in capo alla persona del responsabile del procedimento o del dirigente, sicché ove tale disposizione avesse applicazione sarebbe trasgredito il divieto di interpretazione analogica *in malam partem*, in

palese contrasto con i principi ricavabili dal diritto penale⁵⁵ ed elaborati dalla dottrina penalistica⁵⁶.

Tornando all'analisi della disciplina del preavviso di rigetto è ora opportuno comprendere le ragioni che hanno determinato l'introduzione dell'istituto.

In passato accadeva spesso che l'amministrazione respingesse l'istanza del privato anche per mere irregolarità documentali che sarebbero state facilmente emendabili attraverso una semplice rettifica delle stesse. Oggi, con l'introduzione del preavviso di rigetto nella legge sul procedimento, l'amministrazione è obbligata a comunicare al privato il proposito di respingere l'istanza e, soprattutto, di spiegare puntualmente i motivi che sono alla base della decisione sfavorevole.

In questo modo il risultato che assicura la norma è duplice. Da una parte si garantisce al privato e all'amministrazione, nell'ottica dei principi di leale collaborazione, di giusto procedimento e di parità delle parti, che una decisione negativa dell'autorità sia presa solo dopo aver offerto il diritto di difesa al privato. Più esattamente, come si vedrà meglio, la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda incentiva la collaborazione fra amministrazione e privato, sia perché consente a quest'ultimo di presentare delle controdeduzioni avverso i motivi di diniego, sia perché permette all'amministrazione di acquisire ulteriori elementi per l'adozione di una legittima decisione finale⁵⁷.

Allo stesso tempo, sotto altro aspetto, con l'istituto in parola si compie una riduzione del carico burocratico e del contenzioso amministrativo in linea con il principio di economia procedimentale e processuale, giacché il preavviso di rigetto offre la possibilità di non ricorrere ad un nuovo procedimento, né tanto meno ad un processo. In quest'ottica si fa in modo che le amministrazioni conoscano, in contraddittorio con l'interessato, le sue ragioni fattuali e giuridiche, rispetto alle decisioni sommarie che le stesse amministrazioni avevano adottato in un primo momento. Ciò dovrebbe contribuire a far assumere agli organi competenti una diversa decisione finale, derivante, appunto, dalla rivalutazione delle

⁵⁵ Cfr. art. 1 c.p. secondo cui non si possono punire fatti che non siano espressamente preveduti come reato dalla legge (ma v. art. 25 Cost.). Non è fuori luogo richiamare anche la norma dell'art. 14 delle preleggi del c.c., secondo la cui prescrizione non è possibile applicare leggi penali «oltre i casi e i tempi in esse considerati».

⁵⁶ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2015, 71 ss.

⁵⁷ Sull'apporto collaborativo dell'istituto si sofferma TAR Campania, Napoli sez. VIII, 5 febbraio 2015, n. 884.

iniziali motivazioni che le amministrazioni avevano posto a fondamento del rigetto dell'istanza⁵⁸.

D'altro canto la comunicazione dell'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, consentendo all'interessato di far valere nella fase prodromica dell'emanazione dell'atto le sue eventuali ragioni, non fa altro che arricchire il quadro delle tutele procedurali, aggiungendosi così all'avviso di avvio del procedimento dell'art. 7 della stessa legge. In tal senso, si potrebbe dire che tanto l'art. 7, per i procedimenti d'ufficio, quanto l'art. 10-*bis*, per i procedimenti ad istanza di parte, rappresentano il risultato della codificazione dei principi di correttezza e di buon andamento dell'azione amministrativa, con i quali oggi si pone in capo all'amministrazione l'obbligo di garantire il contraddittorio tra i destinatari dei provvedimenti amministrativi, al fine di consentire il diritto di difesa e di acquisire ogni utile elemento in modo da ridurre il rischio di motivazioni inadeguate⁵⁹.

Va detto che l'art. 10-*bis* è stato modificato dall'art. 9, comma 3, l. 11 novembre 2011, n. 180, il quale ha introdotto un periodo che recita come segue: «non possono essere adottati tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili alla pubblica amministrazione». Tale disposizione impedisce all'amministrazione di opporre al privato, quale unica causa ostativa al rilascio di un provvedimento favorevole, il superamento del termine decadenziale qualora quest'ultimo sia provocato dalla stessa amministrazione. Tant'è vero che la disposizione in esame utilizza l'aggettivo «attribuibile» anziché «imputabile», segno che il legislatore non ha voluto dare alcun rilievo all'elemento soggettivo (dolo o colpa) dell'amministrazione. Per questo motivo anche un ritardo incolpevole, ma oggettivamente riferibile all'amministrazione, sarà dunque rilevante, mentre la colpa continuerà a rilevare ai soli fini risarcitori⁶⁰.

Proseguendo nella lettura della norma si giunge ai punti che più interessano la presente trattazione, giacché gli stessi toccano più da vicino le

⁵⁸ In tal senso si è pronunciato il TAR Lombardia, Milano sez. IV, 12 dicembre 2013, n. 2826.

⁵⁹ Sul punto cfr. TAR Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 4 dicembre 2014, n. 628. In senso adesivo si v. anche TAR Puglia, Lecce, sez. II, 6 maggio 2014, n. 1147, secondo cui l'introduzione del preavviso di rigetto nel sistema delineato dalla l. n. 241/1990, attraverso l'art. 6, l. n. 15/2005, risponde all'esigenza di assicurare nell'ambito del procedimento un confronto tra l'amministrazione e la parte istante, all'atto della conclusione dell'istruttoria e prima dell'adozione del provvedimento.

⁶⁰ Cfr. TAR Lombardia, Milano sez. II, 14 novembre 2013, n. 2520, in *Foro amm.-T.A.R.*, 11, 2013, 3296.

vicende temporali del procedimento e consentono di trarre alcune considerazioni sull'argomento dell'efficienza dell'azione amministrativa.

Il primo punto è rappresentato dal secondo periodo dell'art. 10-*bis*, comma 1, ove la legge, approntando un vero e proprio "diritto di replica", stabilisce un termine di dieci giorni a favore del privato, il quale, in questo modo, potrà presentare le sue osservazioni e la relativa documentazione a sostegno della sua domanda iniziale.

Il secondo punto è costituito dal terzo periodo dell'art. 10-*bis*, comma 1, dove la legge specifica che il preavviso di rigetto interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di dieci giorni.

6. Perentorietà e dilatorietà del termine nel preavviso di rigetto

Prendiamo in esame il primo punto.

Il termine di dieci giorni, stabilito dal secondo periodo dell'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, per la presentazione di osservazioni e documenti in seguito alla ricezione della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza del privato, secondo la tesi prevalente in dottrina⁶¹ e in giurisprudenza⁶², non avrebbe natura perentoria, dato che la legge non lo qualifica espressamente come tale, né viene predisposta un'apposita san-

⁶¹ Cfr. G. BOTTINO, *Commento all'art. 10 bis*, cit., 394 ss., e S. TARULLO, *L'art. 10 bis della legge n. 241/90*, cit., *passim*. Non considera il termine come perentorio S. TOSCHEI, *Maggiori poteri al responsabile del procedimento*, in *Guida dir.*, 2005, 64, il quale, peraltro, fa discendere dalla perentorietà di siffatto termine anche l'interruzione dello stesso, con (ri)decorrenza del procedimento *ab initio*.

⁶² La giurisprudenza si è espressa sporadicamente sulla natura – perentoria od ordinatoria – del termine di dieci giorni del preavviso di rigetto, stante la pacifica interpretazione dell'istituto quale nuovo strumento garantistico che la riforma del procedimento amministrativo del 2005 ha voluto assegnare al cittadino nei confronti dell'amministrazione.

Cfr. anche TAR Puglia, Lecce, sez. III, 1 agosto 2016, n. 1314, secondo cui il termine di dieci giorni previsto dall'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, per il c.d. preavviso di rigetto non è perentorio, stante la mancanza di espressa qualificazione in tal senso contenuta nella legge; sicché le osservazioni e i documenti inviati dagli interessati, anche dopo il suddetto termine, devono essere valutati dall'amministrazione procedente. Sul punto pare interessante richiamare anche TAR Lazio, Roma sez. II, 10 novembre, 2014 n. 11269, secondo cui il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione del preavviso di rigetto per la presentazione di osservazioni non è perentorio e l'amministrazione, se necessariamente deve attendere il decorso dei dieci giorni prima dell'adozione del provvedimento,

zione per il caso di mancato rispetto del termine⁶³. Tale interpretazione è maggiormente in accordo con la stessa *ratio* della disciplina dell'art. 10-*bis*, che, come detto, è tesa ad incentivare quanto più possibile la dialettica fra le parti del procedimento, amministrazione e privato. Se così non fosse, e dunque si considerasse un termine così breve quale sbarramento definitivo all'acquisizione istruttoria delle osservazioni e dei documenti del privato a sostegno della sua istanza, l'istituto in parola finirebbe di fatto per essere svuotato della sua portata garantista, e con esso verrebbero meno anche i principi di giusto procedimento, di leale collaborazione e di parità delle parti ai quali la norma, sin dalla sua introduzione, si è voluta ispirare.

Sarebbe, inoltre, illogico che dalla comunicazione del preavviso di rigetto, istituita con lo scopo di favorire un esito del procedimento amministrativo positivo per l'istante, possa derivare contestualmente un termine decadenziale di dieci giorni per lo stesso istante e il raddoppio dei termini per la conclusione del procedimento per l'amministrazione. In questo modo lo scopo del legislatore di deflazionare le controversie giurisdizionali, posto alla base della disciplina dell'istituto, verrebbe meno, in quanto l'istante, non potendo presentare osservazioni oltre il termine di dieci giorni, farebbe valere direttamente i propri rilievi dinanzi alla competente autorità giurisdizionale; pertanto, l'amministrazione, fino all'emanazione del provvedimento conclusivo del procedimento, ha il dovere di prendere in considerazione le osservazioni e i documenti presentati dal privato-istante⁶⁴.

D'altra parte, come rilevato da una dottrina⁶⁵, l'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, allorché prevede che il preavviso di rigetto sia inoltrato al privato-istante prima della formale adozione del provvedimento sfavorevole, non stabilisce un termine intercorrente fra la comunicazione e l'adozione del provvedimento finale. Al contempo, però, appare ragionevole

è tenuta comunque a valutare le osservazioni, anche pervenute in ritardo qualora adotti il provvedimento successivamente.

⁶³ In tal senso si v. TAR Basilicata, Potenza, sez. I, 2 gennaio 2008, n. 6 in *Foro amm.-T.A.R.*, 1, 2008, 235 che stabiliva come «il termine di dieci giorni, previsto dall'art. 10 bis, l. 6 dicembre 1971 n. 1034 per la presentazione da parte dell'interessato di eventuali osservazioni e documenti a seguito della ricezione della comunicazione di motivi ostativi all'accoglimento della sua istanza, non ha carattere perentorio atteso che detto carattere non è espressamente previsto dalla suddetta norma, la quale si limita a riconoscere il diritto dell'interessato ad intervenire nel procedimento, prescrivendone le modalità».

⁶⁴ Cfr. TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, 7 marzo 2012, n. 248.

⁶⁵ Cfr. S. TARULLO, *L'art. 10 bis della legge n. 241/90*, cit., 6-8.

sostenere che l'emanazione del provvedimento non possa intervenire prima di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, giacché questo periodo di tempo resta a disposizione del privato al fine di consentire a quest'ultimo di presentare le osservazioni e i documenti utili a distogliere l'amministrazione dal proposito rigettargli la domanda⁶⁶.

Né, in questa direzione, può dirsi applicabile in via analogica – come sostiene la dottrina poco prima richiamata – l'art. 7, comma 1, l. n. 241/1990, nella parte in cui è contemplata la possibilità che l'amministrazione ometta la comunicazione per «ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento», e ciò perché le due disposizioni – l'art. 7 e l'art. 10-*bis* – si pongono su due piani non omogenei, anche dal punto di vista temporale, dal momento che la prima norma fa riferimento alla comunicazione che interviene all'avvio del procedimento, mentre la seconda fa riferimento alla comunicazione che interviene a conclusione del procedimento.

Non è casuale che la comunicazione introdotta dalla l. n. 15/2005 abbia colmato una manchevolezza che presentava il testo originario della legge sul procedimento del 1990; manchevolezza che permetteva all'amministrazione di adottare il provvedimento di diniego in assenza di qualsivoglia avvertimento al privato, il quale, per questa ragione, restava in una condizione di assoluta incertezza circa le sorti del procedimento cui aveva dato impulso sino al momento del formale ricevimento dell'atto di rifiuto dell'amministrazione. E ciò, evidentemente, si poneva in contrasto con il principio dell'affidamento che il privato doveva vantare nei confronti della pubblica amministrazione.

D'altra parte a voler correlare le disposizioni di cui agli artt. 7 e 10-*bis* l. n. 241/1990, l'interpretazione di quest'ultima norma si tradurrebbe in un vero e proprio svuotamento delle garanzie del cittadino, poiché l'amministrazione, per omettere la dovuta comunicazione, potrebbe certamente accampare ragioni di impedimento derivanti dalle più disparate esigenze acceleratorie del procedimento.

A sfavore di questa lettura del preavviso di rigetto si pone la stessa natura della comunicazione di cui all'art. 10-*bis*, che, diversamente dalla comunicazione di avvio del procedimento, non ha la mera funzione di informare il privato-istante dell'avvio del procedimento, ma ha più specificatamente l'obiettivo di coinvolgerlo attivamente nella fase conclusiva

⁶⁶ È in sintonia con l'art. 10, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990, il fatto che si debba considerare ammissibile il deposito di documenti e non solo la presentazione di osservazioni scritte.

dell'*iter* procedimentale affinché, attraverso la proposizione di idonea documentazione, si possa far "invertire la rotta" all'amministrazione che si appresta a definire negativamente l'istruttoria del privato.

Appare dunque preferibile una lettura della norma che prevede il termine di dieci giorni come tempo non altrimenti comprimibile, salvo che, come appena visto, non si voglia applicare in via analogica il primo inciso dell'art. 7, comma 1, l. n. 241/1990, nella parte in cui la norma fa riferimento alle ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento che possono consentire la deroga all'obbligo di fornire la comunicazione di avvio del procedimento.

Non vi sono particolari motivi che impediscono di considerare il termine introdotto dal legislatore del 2005 come termine suscettibile di essere ampliato sia in ambito regionale, sia in ambito locale, onde consentire ai privati di difendersi già in sede procedimentale. A tal fine, ferma la soglia minima legislativa, il lasso di tempo a disposizione del privato per contraddire non sembra poter essere ragionevolmente tarato su uno schema rigido: esso, anzi, dovrà essere calibrato sulla base della complessità del singolo procedimento, tenendo conto della eventuale necessità dell'interessato di effettuare approfondimenti in termini fattuali o tecnici (magari con ulteriore onere di rivolgersi ad un perito per verificare i dati enunciati dall'amministrazione).

Trattandosi, peraltro, di termine a valenza difensiva, potrebbe essere lo stesso istante a manifestare la volontà di rinunciare spontaneamente al suo integrale decorso in funzione dell'ottenimento di un provvedimento più tempestivo. Non è infatti da escludere che il privato, una volta ricevuto il preavviso di rigetto, riesca a persuadere l'amministrazione ad esprimersi favorevolmente; in questo caso egli potrebbe rinunciare al proposito di difendersi e conseguentemente, rappresentando all'amministrazione tale suo intendimento, riuscire ad ottenere in tempi meno lunghi un provvedimento da impugnare immediatamente in sede giurisdizionale.

La difficoltà maggiore cui si va incontro considerando il termine come dilatorio è data dai possibili abusi che le parti potrebbero commettere a proprio vantaggio. Cosicché l'esigenza di porre un limite temporale all'operatività del preavviso di rigetto è tutt'altro che superflua. In tal senso si potrebbe ragionevolmente ipotizzare che tale limite sia costituito dall'ordinario termine di conclusione del procedimento con l'aggiunta dei dieci giorni previsti dall'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990.

Problemi di non poco conto sorgono allorché si considera che la non

perentorietà del termine, pur ponendosi a tutela dell'interessato che integra l'istruttoria, deve essere tuttavia temperata con altri valori, parimenti meritevoli di tutela. Tali valori, ad esempio, sono rappresentati dai soggetti controinteressati al rilascio del provvedimento favorevole, i quali potrebbero subire un danno in vista dell'allungamento del procedimento. La stessa cosa vale per l'amministrazione che non può essere continuamente esposta all'arbitrio temporale di una sequenza procedimentale di durata indefinita. Pena, nei casi sopra accennati, la violazione dei principi di buona amministrazione⁶⁷ e di buon andamento⁶⁸ sanciti rispettivamente dall'art. 41 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali⁶⁹ e dell'art. 97 della Costituzione.

7. Interruzione e sospensione del procedimento nel preavviso di rigetto

Passiamo ora ad esaminare il secondo punto.

Questo, come detto, attiene alla parte della norma in cui è stabilito che il preavviso di rigetto interrompe i termini per concludere il procedimento. Più precisamente, la comunicazione dei motivi ostativi provoca

⁶⁷ Cfr. R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova 1940, vol. II, 103.

⁶⁸ Sul punto M.R. SPASIANO, *Il principio del buon andamento*, in M. RENNA e F. SAITTA (a cura di) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 125-126, secondo il quale il concetto di buon andamento può essere assimilato «[nella nozione di] efficienza intesa quale attribuzione alla p.a. di mezzi giuridici elastici atti a consentire il miglior proporzionamento della attività erogata al fine prestabilito» (corsivo aggiunto). In passato su questi argomenti P. CALANDRA, *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XII, 1966.

⁶⁹ L'art. 41 della Carta di Nizza, nel par. 1, sancisce che «[o]gni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate [...] entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione». L'art. 41 può essere riferito al fattore temporale allorché si interpreti l'espressione «termine ragionevole» come norma che, in virtù del rinvio operato dall'art. 1, comma 1, l. n. 241/1990, ai principi dell'ordinamento comunitario, sia applicabile anche all'amministrazione dell'ordinamento interno.

Sul punto si v. L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 789 ss., specialmente da 805 a 813. Sull'art. 41 della Carta di Nizza si v. F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, Milano 2007, 540-541; D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, 637 ss.; L. AZOULAI, *Le principe de bonne administration*, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (réalisé par), *Droit administratif européen*, Bruxelles 2007, 493 ss.

l'interruzione dei termini di conclusione del procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni eventualmente corredate da documenti o, in mancanza di queste, dalla scadenza del termine di dieci giorni fornito al privato per la presentazione delle osservazioni medesime.

Sebbene il tenore letterale della legge non sembri lasciare adito a dubbi circa il fatto che si tratti di interruzione e non di sospensione dei termini, in dottrina vi è chi ha proposto un'interpretazione differente da quella che sembra offrire la lettera della norma⁷⁰. L'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, in effetti, oltre a stabilire che «la comunicazione [...] interrompe i termini per concludere il procedimento» chiarisce pure che tali termini «iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni» o, nel caso in cui queste manchino o pervengano in ritardo, dalla data di scadenza dei canonici dieci giorni stabiliti dalla legge.

Volendo mantenersi, per il momento, lontani dall'avanzare una certa interpretazione della disposizione in parola, si proverà a guardare solo alle conseguenze che si generano dalla considerazione della norma nella duplice prospettiva interruzione/sospensione del procedimento amministrativo.

Veniamo alla prima ipotesi: l'interruzione del procedimento.

Lasciamo momentaneamente da parte le considerazioni critiche, che saranno riprese subito dopo aver trattato anche della sospensione, e poniamoci in un'ottica favorevole all'ipotesi interrottiva del procedimento. In questo senso, poniamo che la legge, secondo un'impostazione più aderente al dato letterale⁷¹, con la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, disponga l'interruzione dei termini del procedimento che inizierebbero a decorrere *ex novo*, vale a dire come se fino a quel momento il procedimento, di fatto, non avesse avuto luogo; con l'interruzione non si tiene conto del segmento temporale pregresso al momento interrottivo, cosicché il tempo del procedimento, trascorso precedentemente alla comunicazione dei motivi ostativi, può dirsi *inutiliter datum*.

Provando a comprendere le ragioni di una simile impostazione, vo-

⁷⁰ Si v., in particolare, G. BOTTINO, *Commento all'art. 10 bis*, cit., 411-412 e S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento*, cit., *passim*.

⁷¹ La norma, come visto, afferma testualmente che «la comunicazione [...] interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo».

luta dal legislatore e peraltro rimarcata a più riprese, come visto, dai vari riferimenti testuali⁷², una soluzione potrebbe essere la seguente: il preavviso di rigetto è un'ulteriore occasione di confronto tra l'amministrazione e il privato, idonea, pur se di breve durata, ad innestare un'appendice procedimentale nella quale il privato, attraverso proprie osservazioni, può far valere le sue ragioni in vista dell'adozione di un provvedimento sfavorevole nei suoi confronti da parte dell'amministrazione; sicché, a seguito della comunicazione con cui l'amministrazione avverte il privato dell'imminente rigetto della sua istanza, l'interruzione, facendo "riemergere" per intero il rapporto amministrazione-privato, garantirebbe meglio la funzione della norma che è quella di offrire una *chance* a quest'ultimo di «[poter modificare] la propria domanda, eliminandone elementi che possano apparire in contrasto con esigenze fatte proprie dall'amministrazione [e ripristinare la possibilità di addivenire a un esito favorevole] nella vicenda procedimentale»⁷³.

Spesso, durante l'ordinario *iter* del procedimento amministrativo, il privato, vuoi per errore incolpevole, vuoi per pura dimenticanza, non è in grado di portare all'attenzione dell'amministrazione tutto il materiale istruttorio necessario per il positivo esito della sua istanza. Non solo, ma anche quando la sua domanda è completa, spesso a mancare sono le ragioni giuridiche e fattuali a sostegno della stessa.

Del resto tale impostazione sarebbe coerente con la funzione dell'istituto che sta anche nella capacità di attivare – in una fase avanzata del procedimento – un contraddittorio con il destinatario del provvedimento negativo, non ancora emanato ma ormai definitivo nelle intenzioni dell'amministrazione, al fine di raccogliere il contenuto istruttorio indispensabile per addivenire ad una compiuta disamina degli elementi di fatto e di diritto che risulteranno decisivi per la determinazione da assumere.

Vero è che in assenza di una disposizione con cui si obblighi l'amministrazione a prendere contatto con il privato per avvertirlo della carenza sul piano istruttorio della sua istanza, il procedimento si concluderebbe senz'altro con un provvedimento negativo; e ciò anche nei casi in cui l'errore o la dimenticanza del privato avrebbero potuto essere emendati in corso d'opera da un supplemento di procedura.

⁷² Nonché seguita dalla giurisprudenza. In tal senso cfr. TAR Lazio, Roma sez. II, 16 marzo 2009, n. 2690.

⁷³ V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – II parte*, in *GiustAmm.it*, 2, 2005.

Per queste ragioni l'istituto dell'interruzione, messo in moto dal preavviso di rigetto dell'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, ha la funzione di far "rivivere", *ab initio*, il termine del procedimento stabilito secondo la regola generale dell'art. 2, l. n. 241/1990. Sicché gli effetti che ne derivano fanno sì che il procedimento parta daccapo, secondo i termini previsti nel caso di specie. Per esemplificare, si pensi all'istanza del privato tesa ad ottenere l'autorizzazione a svolgere una determinata attività per la quale, su base regolamentare, è previsto che il relativo procedimento si concluda entro sessanta giorni. Ove la comunicazione del diniego di cui all'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, intervenga al venticinquesimo giorno dall'avvio del procedimento, l'interruzione che ne deriva fa venire meno sia il termine già trascorso (di venticinque giorni), sia quello residuale di trentacinque, facendo ripartire il procedimento dal primo giorno.

Passiamo ora a considerare la seconda ipotesi: la sospensione.

Poniamo, questa volta, che la legge con il preavviso di rigetto, diversamente da ciò che la lettera della norma sembra lasciar intendere, abbia voluto disporre la sospensione e non l'interruzione del procedimento amministrativo. La sospensione, a differenza dell'interruzione, non elide ciò che è stato posto in essere prima, ma rappresenta una parentesi temporale, decorsa la quale il procedimento, fermatosi in un momento preciso, riprende a decorrere proprio da quel momento. Anche qui valgono le stesse considerazioni svolte per l'interruzione, con l'unica differenza che il privato e l'amministrazione non hanno più a disposizione l'intero arco temporale previsto per il procedimento secondo le regole dell'art. 2, l. n. 241/1990, bensì un termine residuale costituito dalla differenza tra i giorni trascorsi dall'avvio del procedimento, poi sospeso ai sensi dell'art. 10-*bis*, e quelli che mancano per la conclusione dello stesso.

Così, per esemplificare nuovamente, laddove, poniamo, per il rilascio del permesso di costruire non sia previsto un termine regolamentare *ad hoc*, varrà, in base alle regola dell'art. 2, comma 2, l. n. 241/1990, il termine ordinario di trenta giorni; se la sospensione, a seguito di preavviso di rigetto, interviene al quindicesimo giorno dall'avvio del procedimento, il termine residuale a disposizione del privato è rappresentato dai quindici giorni che rimangono una volta che la sospensione sia cessata, più il termine (minimo) di dieci giorni previsto per l'inoltro delle osservazioni di cui all'art. 10-*bis*.

Venendo a considerazioni che toccano il piano delle conseguenze si può notare come si generi una netta discrasia temporale a seconda che si opti per un'interpretazione piuttosto che per l'altra. Se si aderisce al

dato letterale e si considera interruzione quella che interviene nel caso di specie, il tempo, evidentemente, si dilata; se, viceversa, ci si discosta dalla lettera della norma e si ritiene che interviene la sospensione del procedimento, il tempo, inevitabilmente, si restringe. In entrambi i casi gli esiti che si generano non sono indifferenti per le parti, le quali, in ragione dell'allungamento o dell'accorciamento del termine di durata del procedimento, possono subire un beneficio o un danno.

È bene spazzare via subito l'idea che il duplice binomio allungamento/danno e accorciamento/vantaggio rappresenti una costante. O, per meglio dire, può senz'altro rappresentare una costante in ambito economico, dove l'allungamento dei tempi è percepito con sfavore dagli operatori del mercato.

Si pensi alla medio-grande impresa che a seguito dell'interruzione perde competitività sul mercato, dovendo aspettare lo svolgersi di un nuovo procedimento che non gli permette di iniziare le operazioni d'investimento secondo i tempi originariamente stabiliti. È il caso, ad esempio, del promittente-concessionario che s'impegna, in prospettiva dell'atto di assenso dell'amministrazione, ad investire nel settore pubblico di riferimento, sostenendo tutti i costi necessari per l'avvio dell'attività d'impresa e che tuttavia subisce un vistoso rallentamento sulla sua tabella di marcia. Infatti, ove sia comunicato il preavviso di rigetto per la carenza di alcuni requisiti idonei al rilascio della concessione, l'impresa che vuole immediatamente integrare l'istruttoria non può farlo perché il preavviso interrompe il procedimento facendo decorrere il termine previsto per la sua conclusione *ab initio*.

La stessa cosa può non valere in un ambito diverso da quello economico, dove può ben accadere che una parte sia avvantaggiata dalla dilatazione temporale del procedimento piuttosto che esserne danneggiata. È il caso del privato cittadino, il quale, diversamente dalla grande società di capitali, voglia intraprendere l'*iter* per ottenere un provvedimento che non attiene necessariamente alla sua sfera patrimoniale (si pensi, in tal senso, al privato che fa istanza all'amministrazione scolastica per ottenere il rilascio del nullaosta per il trasferimento del figlio presso altra sede). Laddove il privato commetta un errore sui requisiti da presentare all'amministrazione, difficilmente sanabile in termini brevi anche per l'assenza di un efficiente apparato aziendale, l'interruzione e la *reviviscence* del procedimento gli garantiscono meglio il confronto con l'amministrazione precedente, in modo da poter integrare e/o correggere l'istanza iniziale.

Come si può osservare, le conseguenze sono differenti e non dipen-

dono necessariamente dalla matrice economica dell'interesse da soddisfare mediante la procedura amministrativa.

A un diverso approdo si giunge ove la comunicazione dell'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, abbia la funzione di sospendere il termine del procedimento amministrativo. In tal caso il procedimento, con l'emanazione del preavviso contenente i motivi ostativi all'accoglimento, subisce uno stallo momentaneo (dieci giorni), che viene superato dalla presentazione dei documenti integranti l'originaria istanza da parte del privato. La stessa cosa vale per il caso della mancata presentazione dei motivi nel breve termine a disposizione del privato, in quanto, nel silenzio della legge, la comunicazione continuerebbe ad avere efficacia sospensiva.

Riprendendo le considerazioni appena svolte, con la sospensione del procedimento non verrebbe rallentata l'iniziativa economica dell'impresa medio-grande, che, anzi, potrà giovarsi della brevissima finestra temporale, concessagli dall'art. 10-*bis*, al fine di perfezionare, ove necessario, la sua domanda iniziale. Sotto questo punto di vista, peraltro, si può osservare come la previsione della norma garantisca una certa flessibilità all'attore economico, giacché gli permette di porre rimedio laddove la sua istanza non abbia tutti i requisiti necessari per l'attività che intende realizzare.

È facile intuire che le cose non stiano allo stesso modo per il privato che dall'effetto sospensivo della comunicazione subisce un danno, allorché la breve parentesi concessa dalla legge non gli sia sufficiente a integrare e/o a correggere la domanda inizialmente presentata.

In quest'ultimo caso il rischio che si corre, interpretando l'art. 10-*bis* nel senso della sospensione, è quello di svuotare la stessa *ratio* della norma, la quale, dopotutto, risiede pur sempre nella capacità di creare un'ulteriore opportunità d'interazione fra amministrazione e cittadino a procedimento iniziato.

Si potrebbe sostenere – ed è questa la tesi che qui si avanza – che, per quanto attiene al profilo temporale, l'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, possa avere natura ambivalente: interruttiva allorquando debba essere interpretato a favore di quel privato, che, pur avendo tenuto una condotta diligente, a causa della brevità del termine procedimentale rimasto a sua disposizione dopo lo spirare dei dieci giorni del preavviso di rigetto, non ha più abbastanza tempo per integrare proficuamente l'istruttoria procedimentale e fornire le osservazioni e le documentazioni necessarie all'accoglimento della domanda⁷⁴; sospensiva in tutti gli altri casi.

⁷⁴ In questo caso la comunicazione dell'art. 10-*bis* interrompe il procedimento che ricomincia *ex novo* una volta che il privato abbia fornito le osservazioni.

In tale prospettiva interpretativa, per restare all'esempio di cui sopra, poniamo che il privato abbia colpevolmente dato causa al ritardo durante l'espletamento dell'istruttoria integrativa prevista dall'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990. In questo caso la comunicazione dei motivi ostativi non interrompe i termini ma li sospende, facendo riprendere il procedimento dal giorno in cui è intervenuto il preavviso di rigetto.

La stessa considerazione può essere fatta anche nell'ipotesi in cui l'amministrazione, abusando dello strumento procedimentale del preavviso di rigetto, tiene comportamenti negligenti o temporeggia illegittimamente a danno del privato.

Si pensi, in tal senso, alla possibilità che l'amministrazione inoltri ripetuti preavvisi di rigetto col mero fine di dilatare il tempo utile per decidere, così da realizzare finalità del tutto estranee al dovere di concludere tempestivamente il procedimento⁷⁵.

In quest'ultimo caso l'amministrazione non può giovarsi degli effetti espansivi dell'interruzione, ma è tenuta a concludere il procedimento entro il termine che residua una volta decorsa la parentesi temporale della sospensione.

8. *Il preavviso di rigetto come istituto di incentivazione del contraddittorio fra amministrazione e privato*

Avviandoci alla conclusione del presente lavoro occorre ribadire come la norma introdotta nel 2005 all'interno della legge sul procedimento amministrativo sia ancora di grande importanza e attualità, e non solo per le implicazioni che ne derivano sul piano temporale. Se non altro perché l'impatto che l'istituto del preavviso di rigetto ha sul procedimento amministrativo è di grande rilievo, così come concordemente affermato da dottrina⁷⁶ e giurisprudenza⁷⁷, dal momento che esso agisce «sul

⁷⁵ Sul punto cfr. S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento*, cit., in part. 489, ove l'A. non esclude che possano verificarsi fattispecie dolose, come, in un'ipotesi-limite, quella nella quale il funzionario dell'amministrazione tenga una condotta dilatoria con l'obiettivo di far accadere fatti nuovi o in attesa di uno *ius superveniens* che possa avvalorare una decisione di rigetto dell'istanza.

⁷⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *L'istruttoria procedimentale*, cit., 353.

⁷⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 31 luglio 2014, n. 4043, secondo cui nel procedimento amministrativo il preavviso di rigetto è volto a far conoscere alle pubbliche amministrazioni, in contraddittorio rispetto alle motivazioni da esse assunte in base agli esiti dell'i-

cuore della procedura»⁷⁸, ossia sull'istruttoria procedimentale, e dunque sul modo in cui viene a formarsi il provvedimento amministrativo.

Vero è che l'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, realizza un nuovo contesto di tipo dialogico che è differente da quello che veniva originariamente configurato dall'art. 10, l. n. 241/1990. In quest'ultimo regime viene contemplato solo l'esercizio dei diritti che spettano a tutti coloro che, a vario titolo, potrebbero intervenire nel procedimento e che, in effetti, spontaneamente si risolvono ad attivarsi. Si può ritenere, allora, che il preavviso di rigetto abbia la funzione di incentivare la replica dell'interessato al provvedimento favorevole, laddove quest'ultimo sia in possesso di elementi utili per la decisione. È in un tale contesto che si genera quel dovere di leale collaborazione all'istruttoria che altrimenti non opererebbe in via generale⁷⁹.

Se ora si rivolge l'attenzione alle conseguenze che l'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, può avere sul versante dell'amministrazione, si osserva come la replica dell'interessato costituisca idoneo materiale istruttorio da prendere in esame in base ai principi che valgono per il procedimento amministrativo. Ciò sta a indicare che, se gli argomenti proposti dal preavvisato sono tali da mettere in dubbio le conclusioni cui è giunta l'amministrazione, questa dovrà valutarli e anche ordinare, se utile, un supplemento di istruttoria.

È un dovere, quest'ultimo, che deriva dal principio di pienezza e verità dei fatti sui quali poggia il provvedimento dell'amministrazione, ancor prima che da quella parte della disposizione dell'art. 10-*bis* che prescrive di fornire una specifica motivazione sulle ragioni che "spingono" l'amministrazione a mantenere salde le (provvisorie) conclusioni cui la stessa è pervenuta all'esito dell'istruttoria procedimentale.

Tant'è che ove non vi sia un'approfondita valutazione degli elementi presentati dal destinatario del preavviso, il provvedimento potrebbe essere viziato sotto il profilo dell'insufficienza istruttoria, conclamatasi nella motivazione della decisione dell'amministrazione che nulla dice con riferimento alle ragioni del mancato accoglimento delle deduzioni del preavvisato. Da precisare che l'insufficienza istruttoria e la carenza motivazionale sono vizi che mostrano, ancorché su piani diversi, una stessa mancanza⁸⁰.

struttoria espletata, le ragioni dell'interessato, di fatto o di diritto, che potrebbero contribuire a far assumere agli organi competenti una diversa determinazione finale.

⁷⁸ F. TRIMARCHI BANFI, *L'istruttoria procedimentale*, cit., 353.

⁷⁹ F. TRIMARCHI BANFI, *op. ult. cit.*, 354-355.

⁸⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *op. loc. ult. cit.*

Sono considerazioni, quelle appena svolte, che mettono ancor meglio in evidenza come il preavviso di rigetto abbia rimediato, anche se solo in parte, ad una manchevolezza che l'originario impianto legislativo presentava sul versante dell'istruttoria. In particolare, si può dire che con l'istituto il legislatore ha rivalutato l'essenzialità – anche dal punto di vista temporale – del momento del contraddittorio amministrazione/privato in funzione di garanzia della sfera soggettiva di quest'ultimo, dando così a tale contraddittorio maggiore spazio all'interno del procedimento amministrativo⁸¹. Nel procedimento, difatti, il principio del contraddittorio non può dirsi pienamente assolto se la parte che interviene nel procedimento non è posta nella condizione di conoscere tutti gli elementi che fondano la decisione dell'amministrazione, e di apprenderli nel tempo necessario per poter presentare le proprie osservazioni.

Il termine contraddittorio, poi, sta ad indicare, diversamente dal significato che esso assume nel diritto processuale – ove è impiegato per specificare l'uguale possibilità che è data alle parti, titolari di interessi contrapposti, di contribuire alla formazione del materiale istruttorio sul quale si fonderà la decisione (imparziale) del giudice – che, anche nel procedimento amministrativo fra i diretti destinatari del provvedimento, gli altri soggetti interessati e controinteressati e l'amministrazione, si può instaurare e sviluppare un proficuo confronto in modo da addivenire nella maniera migliore alla decisione finale⁸².

Si è detto soggetti controinteressati all'atto finale ed è il caso, per restare all'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, dei soggetti che nei procedimenti ad istanza di parte vantano per qualche ragione un interesse contrario all'accoglimento dell'istanza presentata dal preavvisato (i ccdd. controinteressati procedurali). E ciò indipendentemente dal tipo di interesse di cui tali soggetti sono portatori rispetto a quello del preavvisato, così come avviene nei casi in cui il privato abbia interesse a che un'autorizzazione per l'esercizio di una data attività commerciale non venga rilasciata dall'amministrazione, giacché tale attività si pone in concorrenza con la sua, o come nel caso in cui il controinteressato sia un privato che aspiri a non essere danneggiato in qualche modo dall'attività esercitata dall'imprenditore.

⁸¹ Sul punto si v. F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio (dir. amm)*, in *Enc. dir.*, Milano IX, 1969, 739. Secondo l'A. il contraddittorio rappresenta un principio generale, condizione preesistente al processo e che in quanto tale è fenomeno che abbraccia l'intero procedimento amministrativo.

⁸² F. TRIMARCHI BANFI, *L'istruttoria procedimentale*, cit., 353 ss.

In sostanza, sulla base di norme generali quali gli artt. 9 e 10 della l. n. 241/1990, si può affermare che tutti i soggetti in qualche misura interessati alla decisione che può essere assunta dalla pubblica amministrazione sono legittimati a presentare memorie e documenti a sostegno del rigetto dell'istanza del preavvisato; così, a sua volta, colui che ha presentato l'istanza può (contro)replicare con proprie memorie e documenti a sostegno della sua domanda⁸³.

Vero è che le norme richiamate dalla l. n. 241/1990, si mostravano lacunose proprio sotto l'aspetto del contraddittorio, per il fatto di sottovalutare il tempo (e, dunque, il termine) come elemento che doveva assicurare effettivamente il confronto dialettico fra le parti. Accadeva spesso, sotto la vigenza dell'originario testo di legge, che il momento del contraddittorio venisse svuotato di contenuto per mancanza di una previsione temporale *ad hoc* che permettesse, invero, agli interessati di esercitare compiutamente le loro prerogative, prendendo visione degli atti del procedimento al momento opportuno, ossia quando il fascicolo procedimentale avesse contenuto tutti gli elementi rilevanti per la decisione.

Tale momento, però, spesso coincideva con l'imminenza della scadenza del termine per la conclusione del procedimento. Solo nella fase finale si può confidare con una certa probabilità che il fascicolo dell'istruttoria sia completo, e solo allora l'interessato può effettivamente trovarsi nella condizione di interagire con le altre parti del procedimento. Ma a quel punto potrebbe essere troppo tardi e mancare il tempo necessario per replicare in modo efficace. Gli argomenti, i documenti e i fatti che sono inclusi nel fascicolo procedimentale e che sono avanzati dai controinteressati a sostegno delle loro domande – come anche i fatti, i documenti e gli argomenti autonomamente acquisiti dalla pubblica amministrazione – potrebbero essere conosciuti troppo tardi e non risultare più utili. E lo stesso vale reciprocamente per i controinteressati e per le loro attività istruttorie, che si rendono necessarie in prossimità della decisione finale⁸⁴.

Le osservazioni appena svolte dimostrano come la disciplina previgente all'introduzione dell'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990 non garantiva pienezza ed effettività al contraddittorio fra le parti proprio per l'assenza di una apposita disciplina temporale. Ciò perché, senza una specifica previsione in grado di rendere note le determinazioni che intendeva adottare

⁸³ F. TRIMARCHI BANFI, *op. ult. cit.*, 353 e 355.

⁸⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *op. ult. cit.*, 354.

l'amministrazione procedente, permaneva una situazione di assoluta incertezza.

L'istituto del preavviso di rigetto, consentendo ai diretti interessati di conoscere in anticipo le ragioni che sono poste alla base di una decisione negativa che l'amministrazione va assumendo, colma, almeno per i procedimenti ad iniziativa di parte, le manchevolezze sul versante istruttorio del procedimento, garantendo una maggiore pienezza del contraddittorio fra le parti.

In quest'ottica, peraltro, la preventiva comunicazione dei motivi ostativi *ex art. 10-bis* della l. n. 241/1990 non può ridursi a mero rituale formalistico, sicché, nella prospettiva di buon andamento dell'azione amministrativa, l'istituto richiede al privato di non limitarsi a denunciare la mancata o incompleta comunicazione del preavviso di rigetto, ma di allegare gli elementi, fattuali o valutativi, che, se introdotti in fase procedimentale, influirebbero sul contenuto finale del provvedimento.

D'altronde solo se viene soddisfatto l'effettivo confronto dialettico in seno al procedimento amministrativo, tale da consentire una maggior parità delle posizioni soggettive dei privati, può affermarsi che la legge abbia effettivamente assolto il principio del (pieno) contraddittorio fra le parti, rimuovendo al contempo i profili di incertezza legati alla decisione che verrà presa dall'amministrazione⁸⁵.

Ed è proprio sotto quest'ultimo profilo, quello dell'incertezza, che alcune utili considerazioni finali possono essere svolte sull'efficacia dell'istituto del preavviso di rigetto a garantire i privati. Come visto nella prima parte del lavoro, i profili connessi all'incertezza delle decisioni che verranno adottate dall'amministrazione provocano l'aumento dei comportamenti inefficienti da parte dei privati. Questi ultimi, infatti, non essendo sempre in grado di conoscere tempestivamente il contenuto del fascicolo dell'istruttoria, non terranno comportamenti efficienti, in quanto gli stessi sono disincentivati dal persistere di un'asimmetria informativa con l'amministrazione che gioca a loro sfavore.

In simili condizioni, l'istituto del preavviso di rigetto assume notevole rilevanza proprio perché, presupponendo la chiusura dell'istruttoria procedimentale, colma l'incertezza nel momento in cui fa conoscere ai

⁸⁵ Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia 1994, 92-94, poi in *Scritti giuridici*, Milano 2006, vol. I, 869 ss., nella parte in cui l'A., elaborando il principio del contraddittorio quale garanzia principale per la realizzazione di ciò che egli chiama «demarchia», afferma che la partecipazione attiva del singolo al potere è da considerarsi il momento più alto per l'esercizio dei diritti di libertà.

diretti interessati il fondamento del progetto di decisione che l'amministrazione intende adottare, e per ciò solo ne consente – e anzi ne incentiva – la partecipazione prima che tale decisione venga definitivamente presa. È indubbio che l'amministrazione potrà ordinare l'integrazione dell'istruttoria, e lo dovrà fare, a maggior ragione, qualora il contenuto delle osservazioni presentate dal preavvisato lo renderà necessario; ma, con riferimento alle conclusioni (provvisorie) comunicate nel preavviso, l'istruttoria deve ritenersi completata.

Per tale motivo il preavviso, nel momento in cui permette di conoscere il fondamento del progetto di decisione, assicura anche che il materiale istruttorio conoscibile dal presentatore dell'istanza sia completo, cosicché quest'ultimo è messo nella condizione di replicare con piena cognizione di causa⁸⁶.

Va osservato, inoltre, come in assenza di tale istituto la generale situazione di aleatorietà che si verrebbe a creare genererebbe a sua volta delle gravi esternalità negative per l'intero sistema amministrativo, dal momento che le inefficienze manifestatesi nel procedimento si riverserebbero anche sul processo, sotto forma di aumento dei ricorsi giurisdizionali e, quindi, del contenzioso amministrativo.

In ultima analisi, si può affermare che la comunicazione preventiva dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda di cui all'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, mirando a far conoscere alle amministrazioni le ragioni fattuali e giuridiche di tutti i soggetti portatori di interessi (interessato, controinteressato, titolari di interessi diffusi ecc.), contribuisce a far assumere agli organi competenti una decisione finale che sia, per quanto possibile, l'esito della ponderazione di tutti gli interessi in gioco in funzione di garanzia degli interessi medesimi. In questo modo gli eventuali dissensi, venendo convogliati già nella fase procedimentale, e assorbiti del tutto nel progetto di provvedimento, non emergerebbero più (o emergerebbero il meno possibile) nella fase processuale.

⁸⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *L'istruttoria procedimentale*, cit., 354.

ATTUALITÀ

Il cibo come bene fondamentale e il ruolo innovativo delle urban food policies

Luca Giacomelli

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Diritti fondamentali e beni fondamentali – 2.1 Quello che il cibo non dovrebbe essere: una nuova corsa all'oro – 2.2 Quello che il cibo dovrebbe essere: un diritto fondamentale – 3. Verso una costituzionalizzazione del diritto al cibo «adeguato»? – 3.1 E nella costituzione italiana? – 4. Dare effettività al diritto al cibo: il ruolo innovativo delle *food policies* come strumenti di gestione della complessità del territorio – 4.1 Sussidiarietà orizzontale, responsabilità sociale di impresa e politiche alimentari urbane.

1. *Premessa.* – «L'uomo è ciò che spreca»¹. Se Feuerbach avesse scritto il suo saggio *«Il mistero del sacrificio o l'uomo è ciò che mangia»* 150 anni dopo questa famigerata pubblicazione, la sua visione illuminata della relazione tra il cibo mangiato e il benessere di un individuo non sarebbe forse stata la stessa. Il cibo, sempre parafrasando le parole del padre del materialismo tedesco, si pone all'origine della società, del pensiero, della religione e persino delle differenze culturali e di classe². Dunque, non soltanto è elemento essenziale per la sopravvivenza di ogni essere vivente ma è anche espressione di modelli sociali, pratiche culturali, dinamiche giuridiche e strutture economiche che caratterizzano una data società in un dato periodo storico. E allora se guardiamo all'odierna società del consumo, dove la questione alimentare è affrontata nell'ambito delle relazioni economiche che sottostanno ai processi di produzione e di distribuzione e dove l'imporsi delle logiche del mercato globale e del profitto individuale ha

¹ L'espressione riprende il celebre aforisma feuerbachiano «l'uomo è ciò che mangia» (*«der Mensch ist was er isst»*). La frase compare per la prima volta in una recensione che Feuerbach dedica al Trattato dell'alimentazione per il popolo del medico e fisiologo olandese Jakob Moleschott, pubblicato in Germania nel 1850. Un'opera rivoluzionaria, perché fa della nutrizione il principio motore della storia umana. Successivamente, il padre del materialismo tedesco sviluppò e approfondì queste idee nel saggio L. FEUERBACH, *Il mistero del sacrificio o l'uomo è ciò che mangia*, trad. it. a cura di Francesco Tomasoni, Brescia 2015. «La teoria degli alimenti è di grande importanza etica e politica. I cibi si trasformano in sangue, il sangue in cuore e cervello; in materia di pensieri e sentimenti. L'alimento umano è il fondamento della cultura e del sentimento. Se volete far migliorare il popolo, in luogo di declamazioni contro il peccato, dategli un'alimentazione migliore. L'uomo è ciò che mangia», op. cit., 53.

² Sul punto si suggerisce M. FIORILLO, S. SILVERIO, *Cibo, cultura e diritto*, Modena 2017.

consolidato una visione «mercificata» del cibo³, è evidente che non è tanto il cibo che mangiamo quanto piuttosto quello che sprechiamo a restituircene una più lucida rappresentazione. Il cibo che viene sprecato priva l'uomo della sua umanità, della sua intelligenza e della sua coscienza. Quel cibo che rinveniamo in abbondanza nei supermercati ha dismesso – nell'immaginario comune dell'uomo occidentale – le vesti di bene fondamentale alla vita, per colorarsi di significati superflui, come in fondo il valore di qualunque altra merce disciplinata dalla speculazione economico-finanziaria dei mercati nel commercio globale⁴. Proprio la natura di merce degli alimenti favorisce, da un lato, la sovrapproduzione e il conseguente spreco del *surplus* e, dall'altro, limita l'accesso a un cibo «adeguato» alle persone indigenti e più vulnerabili⁵. Si può dire che il peccato di gola abbia oggi mutato la propria natura e si sia trasformato in mercificazione, sfruttamento, disuguaglianza e spreco alimentare.

Se il nostro obiettivo è ripensare il rapporto tra cibo e diritto e garantire un accesso effettivo a un'alimentazione «adeguata», è importante innanzitutto restituire al cibo il valore di «nutrimento». La prevenzione dello spreco alimentare e lo sviluppo di politiche e pratiche volte a stimolare il recupero delle eccedenze per contrastare la povertà, l'esclusione sociale e la disuguaglianza sono uno dei principali modi per garantire coerenza ed efficacia al cibo come diritto fondamentale e renderlo qualcosa di più di un mero slogan politico. Le istituzioni pubbliche, soprattutto a livello locale, sono chiamate a svolgere un ruolo chiave: attraverso la creazione di politiche alimentari urbane, fondate sulla cooperazione tra settore pubblico, privato e no-profit, è possibile sviluppare un sistema agroalimentare più equo e sostenibile che garantisca a tutti l'accesso al cibo «adeguato», incoraggi la responsabilità sociale delle imprese ed educi i cittadini alla cultura del cibo.

L'eccedenza che diventa spreco e poi rifiuto, infatti, ha un costo per l'intera collettività e per il pianeta. Tanto il modello di consumo quanto quello di pro-

³ Cfr., per esempio, F. KAUFMAN, *Bet the Farm. How Food Stopped Being Food*, Hoboken (NJ) 2012; M. VANDER STICHELE, *How Financialization Influences the Dynamics of the Food Supply Chain*, in *Canadian Food Studies / La Revue canadienne des études sur l'alimentation*, 2, 2015, 258-266; J. CLAPP, *Financialization, Distance and Global Food Politics*, in *Journal of Peasant Studies*, 2014, 1-18.

⁴ Tale impostazione «economicista» del cibo e delle tematiche legate all'alimentazione traspare anche dalla normativa dell'Unione europea dove l'importanza della «tutela degli interessi dei consumatori» e della «libertà di circolazione all'interno della comunità di alimenti e dei mangimi prodotti o immessi sul mercato» prevale sugli aspetti dell'accesso al cibo, della solidarietà e della qualità alimentare (si veda al riguardo il Regolamento CE 178/2002). In questo senso anche A. GUSMAI, *Il diritto fondamentale al cibo adeguato tra illusioni e realtà*, in G. CERRINA FERONI, T.E. FROSINI, L. MEZZETTI, P.L. PETRILLO (a cura di), *Ambiente, Energia, Alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, Cesifin, vol. I, tomo II, 2016.

⁵ Cfr. R.C. PATEL, *Stuffed and Starved: Markets, Power and the Hidden Battle for the World Food System*, New York 2008 e AA.VV., *The State of Food Insecurity in the World*, FAO, Roma 2015, disponibile online all'indirizzo web: <http://www.fao.org/3/a4ef2d16-70a7-460a-a9ac-2a65a533269a/i4646e.pdf>.

duzione e distribuzione non sono più eticamente ed economicamente sostenibili e necessitano di essere ripensati. Anche perché i dati parlano chiaro: secondo la FAO e l'Ocse, nel prossimo decennio 2011-2020 i prezzi dei cereali potrebbero stabilizzarsi a un 20% in più rispetto ad oggi, e quelli della carne potrebbero aumentare anche del 30% e il rischio di speculazioni finanziarie è più alto di quanto si creda, tanto che nella primavera del 2008 – quando i prezzi dei tre alimenti principali di buona parte della popolazione del mondo (il mais, il frumento e il riso) schizzarono quasi contemporaneamente alle stelle – si parlò addirittura di creare riserve speciali di cibo a cui attingere nelle situazioni di emergenza.

Per porre un freno a queste tendenze e iniziare a invertire la rotta occorre, pertanto, «demercificare il cibo per rivendicarlo come parte di noi, della nostra identità, come nutrimento vivo e come diritto umano»⁶, perché il cibo in quanto merce perde il suo originario «valore d'uso» che è quello di essere «alimento» e fonte di vita. Inteso come «bene primario», il cibo può allora aiutare anche il giurista a trarre qualche precisazione di ordine costituzionale: esso ha innanzitutto a che fare con «il diritto di ciascuno ad emanciparsi dalla miseria, dalla fame»⁷. O, per essere ancora più precisi, assume rilevanza giuridica in qualità di «diritto fondamentale della persona che riguarda l'esistenza in tutta la sua complessità, divenendo così non solo componente essenziale della cittadinanza, ma precondizione della stessa democrazia»⁸.

2. *Diritti fondamentali e beni fondamentali.* – Alla domanda «cos'è un diritto fondamentale?» le risposte possono essere varie e, in effetti, lo sono state. Il dibattito scientifico e filosofico ha visto il susseguirsi di numerose teorie e interpretazioni, alcune delle quali anche molto distanti tra loro. Il tema dei diritti fondamentali, ricostruito da un punto di vista teorico, appare infatti un crocevia di questioni di grande rilevanza come la definizione di diritto soggettivo, il concetto di costituzione, il senso della democrazia. In questa sede, tuttavia, non essendo possibile entrare nella disamina del dibattito dottrinale, ci limiteremo a cogliere il collegamento imprescindibile tra il carattere fondamentale di certi diritti e la tecnica di garanzia e tutela di bisogni sostanziali la cui soddisfazione è condizione di un'esistenza dignitosa e di una civile convivenza e insieme causa o ragione sociale di quell'artificio che è lo Stato. In un intervento del 2014 «Sull'acqua come bene vitale», Luigi Ferrajoli sottolinea come vi siano alcuni beni vitali (tra

⁶ V. SHIVA, *Who really feeds the planet?*, trad. it. *Chi nutrirà il mondo? Manifesto per il cibo del terzo millennio*, Milano 2015, 157. Si veda anche A. GUSMAI, *Il diritto fondamentale al cibo adeguato tra illusioni e realtà*, in G. CERRINA FERONI, T.E. FROSINI, L. MEZZETTI, P.L. PETRILLO (a cura di), *Ambiente, Energia, Alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, Cesifin, vol. I, tomo II, 2016.

⁷ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2015, 128.

⁸ *Ibidem*.

i quali si annovera il cibo, l'acqua, l'aria salubre) che devono essere garantiti a tutti come «beni fondamentali, oggetto di diritti a loro volta fondamentali»⁹. Ed è per questo inscindibile rapporto tra alcuni bisogni primari con i diritti fondamentali, in particolare il diritto alla vita e alla sussistenza dignitosa, che discende la necessità di un intervento che permetta di ristrutturare l'intero sistema di garanzie dei diritti fondamentali. Il caso del cibo, oggetto di uno dei più elementari e vitali dei diritti fondamentali, cioè del diritto alla vita, è dunque esemplare della necessità di un ripensamento e di un'espansione del sistema delle garanzie dei diritti fondamentali.

Nell'ultimo ventennio, l'amplessima letteratura sulla questione dei diritti fondamentali è proliferata, andando dalle ricostruzioni di tipo storico-concettuale¹⁰ agli studi di carattere teorico e normativo¹¹. Il punto di partenza comune, in genere, è sempre lo stesso ed è la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 che si pone alla base della moderna concezione dei diritti umani. Da qui in poi è partito un movimento di sviluppo di tali diritti che può essere schematicamente ricondotto a tre diversi processi: l'internazionalizzazione, la specificazione e la regionalizzazione. Il primo ha reso i diritti fondamentali il contenuto di obblighi positivi in capo agli Stati attraverso la stipula di patti e trattati internazionali e la creazione di un diritto internazionale dei diritti umani. Il secondo ha progressivamente chiarito e dettagliato il contenuto dei diritti della persona, evidenziandone dimensioni e profili nuovi e facendo emergere «nuovi» diritti (i diritti di libertà all'inizio, i diritti civili e politici, i diritti sociali e, più recentemente, i diritti a beni comuni e quelli derivanti dal progresso scientifico e tecnologico). Infine, il terzo ha favorito lo sviluppo di strumenti di tutela localizzati nelle diverse aree del mondo in un'ottica di tutela ritagliata sulle specifiche esigenze di quel contesto. Lo scopo è stato ed è tuttora quello di mirare alla protezione della persona in tutte o in molte delle sue dimensioni, nei suoi diversificati stili di vita, nei differenti contesti culturali entro cui si realizza il suo sviluppo. In questo percorso evolutivo si possono individuare due concetti che hanno rivoluzionato silenziosamente la concezione dei diritti umani e che ritroveremo costantemente anche quando cercheremo di tratteggiare un fondamentale diritto al cibo «adeguato»: I) l'eguaglianza di tutti gli esseri umani dal punto di vista di ciò che hanno diritto ad esigere dalla società e dagli altri, nel senso che non sono ammissibili distinzioni in tema di diritti fondamentali; II) la dignità della

⁹ L. FERRAJOLI, *Sull'acqua come bene vitale*, relazione tenuta a Roma, 22 marzo 2014, disponibile su www.contrattoacqua.it.

¹⁰ Si vedano, tra gli altri, A. FACHI, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna 2007; M. FLORES, *Storia dei diritti umani*, Bologna 2008; G. OESTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, trad. it. a cura di G. Gozzi, Roma-Bari 2001.

¹¹ Si vedano, tra gli altri, A. CASSESE, *I diritti umani*, Roma-Bari 2005; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari 2007; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari 2001; M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano 2003.

persona umana che significa, come già indicava Kant, che l'uomo deve essere sempre trattato come un fine perché il rispetto gli è dovuto in quanto persona e non gli può essere tolto nemmeno se con i suoi atti se ne rende indegno.

La Dichiarazione universale è, dunque, un punto di partenza imprescindibile, il frutto di più ideologie, il punto di incontro e di raccordo di concezioni diverse dell'uomo e della società alle quali viene riconosciuta pari dignità e legittimità, accogliendo la loro varietà e pluralità e sancendo quei diritti fondamentali che, per citare ancora una volta le parole di Luigi Ferrajoli, «garantiscono l'uguale valore di tutte le differenze personali, a cominciare da quelle culturali, che fanno di ciascuna persona un individuo differente da tutti gli altri e di ciascun individuo una persona uguale a tutte le altre»¹². Le sfide sono molteplici, dalla fondazione universale dei diritti umani alla difficoltà della loro tutela effettiva specie nelle società multiculturali. Tra queste rientra certamente la progettazione del ruolo garantista del diritto per il soddisfacimento di bisogni vitali, essenziali cioè ad assicurare il diritto alla vita e alla sussistenza dignitosa. È evidente, infatti, che se non viene garantita a tutti l'accessibilità a tali beni essenziali, vitali o «beni fondamentali» quali il cibo, l'acqua, l'aria e un ambiente salubre ma anche farmaci cd «essenziali o salva-vita» si finirebbe con il tradire il senso della Dichiarazione universale e di tutto il sistema di protezione dei diritti umani perché verrebbe negato il diritto più fondamentale, quello alla vita (dignitosa).

Il concetto di «bene fondamentale» è una nozione relativamente nuova e che si contrappone a quella di «bene patrimoniale» ben più nota ai giuristi¹³. Sono definiti beni patrimoniali quei beni disponibili sul mercato attraverso atti di disposizione o di scambio, al pari dei diritti patrimoniali di cui sono oggetto, ai cui titolari è riservato il loro uso e il loro godimento; sono definiti, invece, beni fondamentali quei beni la cui accessibilità va garantita a tutti e a ciascuno perché sono oggetto di altrettanti diritti fondamentali e che, pertanto, sono sottratti (o andrebbero sottratti) alla logica del mercato. È importante precisare che mentre tutti i beni fondamentali sono, per definizione, oggetto di diritti fondamentali, non è vero il contrario: solo alcuni diritti fondamentali – come il diritto a nutrirsi – hanno come oggetto beni fondamentali – il cibo necessario al nutrimento. Dunque se accogliamo la tesi ferrajoliana secondo cui i diritti fondamentali sono quei diritti che spettano universalmente a tutti in quanto persone e/o cittadini e/o capaci d'agire, si può dire analogamente che anche i beni fondamentali sono universali, nel senso che il loro godimento è accessibile o quanto meno garantito a tutti. All'interno di questa categoria di beni, la dottrina individua tre sotto distinzioni: i beni personalissimi, i beni comuni e i beni sociali. Quest'ultime due categorie sono quelle che più ci interessano perché in entrambe può essere

¹² L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Una teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari 2007, 58-59.

¹³ Cfr., L. FERRAJOLI, *Per una Carta dei beni fondamentali*, in T. MAZZARESE, P. PAROLARI (a cura di), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Torino 2010, 65-98.

ricondotto il cibo. Potremmo considerare il cibo un cd bene comune, che insieme agli altri (acqua, aria, ambiente) costringerebbe a ripensare il tradizionale binomio tra proprietà pubblica e privata¹⁴. Secondo l'impostazione tradizionale il tema dell'ampliamento dell'accesso era risolto con l'estensione del diritto di proprietà; ma nel momento in cui questi due elementi non sono più ritenuti coincidenti, deriva che si potrebbe garantire l'accesso a un bene, come appunto il cibo, senza necessariamente attribuirne la proprietà¹⁵. Un'altra parte della dottrina ha invece qualificato il bene «cibo necessario all'alimentazione di base» come «bene patrimoniale» nella misura in cui eccede per ciascuno le capacità di accesso al minimo vitale, e come «bene fondamentale o sociale» nella misura sottostante, necessaria a soddisfare il diritto fondamentale alla sussistenza. In effetti, potremmo considerare il cibo un cd bene sociale, allorché a seguito dello sviluppo tecnologico che ha reso possibile la produzione artificiale e la distribuzione industriale di molteplici beni alimentari, esso costituirebbe il substrato materiale del «diritto al cibo adeguato» che avrebbe natura di diritto fondamentale nella misura in cui coincide con il diritto alla vita e alla sussistenza dignitosa.

L'originaria appropriabilità e disponibilità materiale di molti beni, tra cui il cibo o l'acqua, si sta facendo sempre più critica – per la limitatezza delle risorse naturali, per i cambiamenti climatici, per la crescita demografica, per lo spreco industriale e domestico, per la crisi economica e per l'insostenibilità dell'attuale modello di consumo. La direzione sembra essere verso una appropriabilità e una disponibilità sempre più giuridica che soltanto se avverrà nella forma dei beni fondamentali (e quindi con le garanzie dei diritti fondamentali) potrà essere assicurata a tutti e messa al riparo da speculazioni, sfruttamento, dissipazione e diseguaglianza. Diversamente dagli altri diritti, infatti, quelli fondamentali si configurano come altrettanti vincoli sostanziali normativamente imposti – a garanzia di interessi e bisogni di tutti identificati come essenziali, vitali, ovvero appunto «fondamentali» (la vita, la libertà, la sopravvivenza). La formula universale, inalienabile, indisponibile e costituzionale di questi diritti segna conseguentemente anche il tipo di tutela – o garanzia – apprestata a tali beni fondamentali, ossia a quei bisogni sostanziali la cui soddisfazione è condizione della convivenza civile. Quale che sia il fondamento ideale o teorico dei diritti fondamentali, pertanto, non può non riconoscersi come la loro universalità dipenda, in qualche misura, dal riconoscimento generale dell'importanza di quei beni o bisogni essenziali che sono ritenuti necessari alla pacifica convivenza dell'umanità e alla sussistenza dignitosa di ciascun individuo. Sotto quest'ultimo profilo, compito del diritto costituzionale dovrebbe essere quello di dare compimento ai beni considerati

¹⁴ Sul punto si suggerisce J. VIVERO POL, *Food is a Public Good*, in *World Nutrition*, n. 6, 2015, disponibile online su https://www.academia.edu/11733398/Food_is_a_public_good.

¹⁵ Cfr., S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012.

fondamentali, offrendo loro una più esplicita copertura derivante (anche) da una loro costituzionalizzazione¹⁶.

Questa operazione presenta non poche difficoltà. Innanzitutto, così come i diritti fondamentali si portano dietro la questione dei fondamenti o delle giustificazioni, l'ambiguità legata al loro carattere universale, la discussione in merito a quale sia il loro contenuto e a quali pretese possono dar luogo, anche i beni fondamentali incontrano i medesimi problemi giustificativi e contenutistici. In secondo luogo, il riconoscimento costituzionale di tali beni come diritti fondamentali e la loro effettiva realizzazione nella società non possono prescindere da una valutazione anche economica dell'uso delle risorse. Il contributo fornito dalla scienza economica consente così di comprendere come sia oggi difficile, all'interno dei sistemi democratici complessi, tracciare una rigida demarcazione tra i beni considerati fondamentali o essenziali (e dunque in qualche misura maggiormente meritevoli di tutela giuridica diretta) e quelli secondari, la cui soddisfazione non dipende, necessariamente, da un intervento positivo dello Stato. In terzo luogo, l'ancoraggio al principio di dignità umana e all'intenzione finalistica di garantire lo sviluppo della persona umana non elimina il dilemma che riguarda il rapporto tra dignità umana, diritti fondamentali e beni fondamentali o essenziali, il quale può a sua volta dare adito a prospettive divergenti: sia in una accezione minimalista sia in una accezione espansiva. In questo secondo caso, i beni fondamentali non sarebbero circoscritti a quelli legati alla sussistenza ma diverrebbero suscettibili di integrare il novero di tutta un'altra serie di beni che permettono al soggetto di realizzarsi come persona nel contesto sociale in cui è inserito¹⁷. Accanto a beni strettamente essenziali come la salute, il cibo, l'acqua, l'ambiente salubre e l'abitazione, si verrebbero ad accostare la cultura, internet e via dicendo. In quarto luogo, l'elevazione di certi beni essenziali a contenuto di un diritto fondamentale impone che i pubblici poteri si facciano carico di quel diritto rischiando, altrimenti, quest'ultimo di restare un «diritto mite»¹⁸. In questo compito di attuazione e di implementazione dei diritti fondamentali, il ruolo dei pubblici poteri deve entrare in rapporto con l'annosa problematica della loro sostenibilità economica. Proprio quest'ultima può essere assunta quale criterio dirimente nella determinazione del contenuto dei diritti fondamentali e, prima ancora, nella comprensione della locuzione beni fondamentali. Non si

¹⁶ In questo senso, per esempio, si veda C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, Torino 2014, i quali affermano come l'idea base del costituzionalismo sia quella di «sottoporre il potere a regole, subordinando quest'ultimo ai bisogni della società o degli individui», op. cit., 3.

¹⁷ È ancora Ferrajoli che si interroga su tale rapporto sostenendo una concezione ampia di «bene fondamentale» all'interno della quale «possono essere inclusi tutti quei beni dei quali si richiede l'uguale garanzia a tutela di tutti, perché vitali, e che vanno perciò sottratti alle logiche del mercato e alla disponibilità della politica». L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari 2013, 230.

¹⁸ Cfr., G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Leggi, diritti e giustizia*, Milano 1992.

tratterebbe, in sostanza, di definire l'*an* dovendo piuttosto gli sforzi convergere nella definizione del *quantum*.

Se ci soffermiamo sui beni cd sociali – l'acqua potabile, il cibo necessario al nutrimento, i farmaci salva-vita – che sono oggetto di diritti sociali, ovvero di quei diritti fondamentali che consistono in aspettative positive di prestazioni, lo scontro con la realtà economica e sociale diventa ancora più problematico: a ben vedere, infatti, il cibo diventa oggetto di un «diritto fondamentale» soltanto per chi non è in grado di acquistarlo come «bene patrimoniale». In questo senso, tale genere di beni sarebbe «fondamentale» soltanto da un punto di vista soggettivo e allorché oggetto di diritti sociali alla sopravvivenza. Questo è uno dei motivi per cui il dibattito sul «diritto fondamentale al cibo adeguato» soltanto in tempi recenti si è fatto più serio, interrogando il giurista sull'opportunità di ripensare il cibo necessario al nutrimento nei termini di un bene fondamentale al quale apprestare una garanzia di tipo costituzionale. Ciò è conseguenza del mutamento dei tempi e delle trasformazioni sociali ed economiche: «oggi sopravvivere è sempre meno un fatto naturale e sempre più un fatto sociale»¹⁹. Senza porre dei limiti e delle garanzie, le disuguaglianze continueranno ad aumentare non soltanto tra Paesi sviluppati e Paesi in via di sviluppo ma anche all'interno delle stesse società più ricche, dove la crisi economica, la speculazione, la disoccupazione crescente e le migrazioni di massa stanno erodendo il rapporto tra sopravvivenza, lavoro e autonomia. La garanzia dell'accesso adeguato a tali beni fondamentali è possibile solo attraverso una ridefinizione del loro valore (da mere merci a oggetto di diritti fondamentali) e un riequilibrio tra la sfera pubblico e quella del mercato. Tali beni infatti possono essere considerati beni patrimoniali ed essere assoggettati alle logiche del mercato ma solo per la quantità eccedente il minimo vitale di modo che sia garantito a tutti il diritto fondamentale alla sussistenza dignitosa. Solo per quest'ultima porzione, dunque, si imporrebbe il riconoscimento del carattere fondamentale del bene e l'intervento da parte dei poteri pubblici al fine di assicurarne a tutti il godimento. Tale sforzo giuridico e politico è nell'interesse di tutti, e non soltanto delle popolazioni più povere e già cronicamente sottonutrite, specialmente se si considera che nel lungo periodo costa molto di più condannare miliardi di persone all'indigenza, alla fame e al sottosviluppo che non investire nei diritti sociali.

2.1. *Quello che il cibo non dovrebbe essere: una nuova corsa all'oro.* – Le discussioni sulla fame nel mondo cominciano sempre con dei dati, con delle statistiche e, infine, con delle previsioni. Tuttavia, anziché con i dati relativi al numero di persone denutrite e al numero di persone nel mondo che ogni giorno

¹⁹ D. ZOLO, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2005, 133.

muore di fame²⁰, questa discussione si aprirà con i dati relativi a un altro fenomeno che è strettamente connesso alla riflessione sui beni fondamentali e sul ruolo dei poteri pubblici nell'assicurare a tutti l'accesso adeguato ad essi. Nei Paesi in via di sviluppo, dal 2001 ad oggi circa 227 milioni di ettari di terre, un'area grande quanto l'Europa Orientale, sono state vendute o affittate a investitori internazionali. Secondo le ricerche effettuate dalla Land Matrix Partnership²¹, la maggior parte di queste acquisizioni di terreni è avvenuto negli ultimi anni. L'incremento recente degli accordi di acquisizione delle terre può essere spiegato a seguito della crisi dei prezzi alimentari del 2008: investitori e governi hanno ricominciato ad interessarsi all'agricoltura dopo decenni di indifferenza. Questo interesse non è passeggero, bensì nasconde cause importanti: le terre acquisite sono destinate alla produzione di cibo riservato all'esportazione o di bio-carburanti. Si parla, in molti di questi casi, di «accaparramento di terre» o *land grabbing* e si fa riferimento alle acquisizioni di terre effettuate violando i diritti umani, ignorando il principio del consenso «libero, preventivo e informato» delle comunità che utilizzano quella terra, in particolare dei popoli indigeni, ignorando l'impatto sociale, economico e ambientale derivante da tali accordi, evitando la conclusione di contratti trasparenti, contenenti impegni chiari e vincolanti sugli impieghi e sulla divisione dei *benefit* ed evitando la partecipazione democratica, il controllo indipendente e la partecipazione informata delle popolazioni autotone. Considerando che nel 2050 sulla Terra vivranno più di 9 miliardi di persone, la FAO stima che per nutrire tutti sarà necessario produrre almeno un miliardo di tonnellate in più di cereali e altri beni alimentari base. Per questo, Paesi come Arabia Saudita, Emirati Arabi, Libia, Corea del Sud, India e Cina, che dispongono di risorse, ma non di spazi sufficienti per garantire la sicurezza alimentare ai propri abitanti, hanno cominciato ad affittare o comprare terra agricola nei Paesi in via di sviluppo: soprattutto in Africa e in Asia. Un bottino che interessa anche le multinazionali, in cerca di nuove possibilità di guadagno. Sempre la FAO ha stimato che il prezzo del cibo è destinato ad aumentare nei prossimi decenni, prevedendo che il costo dei cereali lieviterà del 20% e quello della carne del 30%. L'aumento e la volatilità dei prezzi dipendono da tre ragioni principali: la crescita dell'uso di colture alimentari per i biocarburanti, diminuzione delle risorse e cambiamento climatico e aumento del volume di scambi sui mercati a termine delle materie prime, ovvero la speculazione tramite i «*futures*», strumen-

²⁰ Per questi dati si rimanda all'ultimo rapporto sulla fame nel mondo presentato alle Nazioni Unite a cura di FAO, IFAD, UNICEF, WFP e WHO, *The State of Food Security and Nutrition in the World 2017. Building resilience for peace and food security*, Roma 2017. Stando a questo rapporto, la fame nel 2016 ha interessato 815 milioni di persone, soprattutto in Africa e Asia: 38 in più rispetto all'anno precedente. Tra le cause i conflitti e i cambiamenti climatici. Mentre tra i Paesi più sviluppati preoccupa l'obesità.

²¹ Dati e proporzioni del fenomeno sono reperibili all'indirizzo web: <http://www.landmatrix.org/en/> (ultimo accesso: 23 gennaio 2018).

ti finanziari coi quali si stabilisce oggi a quale prezzo comprare domani un certo bene alimentare, come il grano o il riso²².

La compravendita di titoli legati al cibo non è un fenomeno nuovo: è dall'inizio del secolo scorso che alla borsa di Chicago si comprano e si vendono contratti (i cosiddetti *futures*) legati al raccolto di frumento. Esistono infatti delle borse di riferimento: quella di Chicago (Cbot) lo è per le quotazioni dei *futures* sul mais, sul frumento e sulla soia; per lo zucchero e il cacao invece la quotazione più importante avviene a New York (Ice). Ci sono poi anche altre piazze minori e, è bene ricordarlo, esistono i mercati telematici nei quali questi titoli possono essere comprati e venduti da ogni angolo del mondo²³. Sia i produttori sia i grandi compratori (ad esempio le industrie alimentari) hanno interesse a garantirsi in anticipo un prezzo di vendita (o di acquisto) della propria merce, mettendosi al riparo da aumenti o crolli legati a eventi impreveduti tipo un raccolto più magro o più abbondante del previsto. Le parti quindi stipulano un contratto *future* in cui si stabilisce un prezzo di vendita a una certa data. Rispetto al cibo, dunque, fino a qualche decennio fa la finanza aveva principalmente una funzione assicurativa e stabilizzatrice (il cosiddetto *hedging*). Tuttavia, a partire dal 1991 nel mercato finanziario sono stati introdotti i *Commodity Index Fund*²⁴, cioè fondi di investimento il cui rendimento è legato a un indice matematico calcolato combinando

²² I «*futures*» sono contratti che stabiliscono la cessione di un quantitativo di una materia prima a un certo prezzo e in una determinata data. Spesso sono stracciati prima della scadenza: i contraenti non si scambiano la merce, ma solo la differenza di prezzo fra valore indicato nel *future* e valore attuale.

²³ Oltre ai *futures*, però, ci sono almeno altri due tipi di prodotti finanziari rilevanti rispetto alla speculazione sul cibo. Il primo sono le «opzioni»: acquistandole non compro un bene, ma la possibilità (non l'obbligo) di acquistarlo a un certo prezzo a una certa data. Questo sistema permette di giocare sull'effetto leva: per acquistare un'opzione si mettono infatti in gioco molti meno soldi rispetto a quelli che guadagnerò se questo investimento si rivelerà conveniente. Ad esempio: compro per 10 dollari un'opzione sull'acquisto di 100 bushel di mais a 700 dollari nel marzo 2012. Se da qui alla scadenza il prezzo del mais aumenta del 10% per quei 100 bushel di mais pagherò comunque 700 dollari al posto di 770 dollari. E i 10 dollari che avrò investito mi avranno fruttato non il 10% ma il 600% di interesse. Un terzo tipo di prodotti sono infine gli «*swap*», contratti stipulati non direttamente tra un venditore e un compratore ma attraverso la mediazione di una istituzione finanziaria che emette – appunto – lo *swap*. A differenza di *futures* e opzioni, gli *swap* non sono standardizzati: si può decidere di volta in volta taglio e durata. Questa flessibilità ha però una contropartita: gli *swap* non sono trattati all'interno di una Borsa ma nel cosiddetto *Over the counter*, cioè in un sistema di compravendita di titoli meno trasparente e meno vincolato. Come facilmente intuibile è la parte meno controllabile della speculazione sul cibo. Per un approfondimento si rinvia all'indirizzo web: <http://sullafamenonsispecula.org> (ultimo accesso: 23 gennaio 2018).

²⁴ La prima società a lanciare nel 1991 i *Commodity Index Fund* è stata la statunitense Goldman Sachs, che insieme a Morgan Stanley e alla britannica Barclays Capitals restano i colossi di questa parte del mercato finanziario. I *futures* oggi sono usati anche da chi non è interessato ai prodotti agricoli. Molti di questi contratti vengono rescissi prima della scadenza, senza scambio merci, sono quindi delle vere e proprie scommesse, ma influenzano ugualmente i prezzi del prodotto fisico. Uno snodo fondamentale è stata poi nel 2000 l'adozione del *Commodity Futures Modernization Act*, la completa liberalizzazione dei mercati finanziari su cui si scambiano i *futures*, varata dal Congresso americano e controfirmata da Bill Clinton negli ultimi giorni del suo mandato.

le variazioni delle quotazioni dei *futures* sulle materie prime (petrolio, gas naturale, oro ma anche mais, riso o frumento). Ciò ha comportato che i *futures* sui prodotti agricoli adesso non li compra più solo chi ha un interesse diretto in quel determinato mercato (e dunque opera seguendo le leggi classiche della domanda e dell'offerta), ma anche soggetti finanziari che investono grandi somme di denaro con l'obiettivo esclusivo di ottenere il miglior rendimento. Cibo, quindi, come nuova corsa all'oro nel caso dell'accaparramento di terre da coltivare e sfruttare economicamente e cibo come moneta da scambiare sul mercato, anche finanziario.

La sfida culturale, prima ancora che politica e giuridica, è allora il passaggio da una concezione del cibo come merce e come moneta da scambiare sul mercato a una concezione del cibo come bene fondamentale e, dunque, oggetto di un diritto fondamentale. Il paradosso è che questi beni vitali sono lasciati in balia del mercato e della speculazione finanziaria, proprio nel momento in cui, essendo diventati scarsi e difficilmente accessibili a causa di un capitalismo sregolato e selvaggio e di un modello di produzione e consumo insostenibile, richiederebbero invece di essere garantiti a tutti come oggetto del diritto alla vita dignitosa. La conseguenza, ove non intervenga il diritto, è che tali beni siano trasformati non già in beni fondamentali accessibili a tutti ma, esattamente al contrario, in beni patrimoniali, cioè in merci, oggetto di privatizzazioni e di scambi.

La riflessione sul diritto al cibo, oggetto del più elementare e vitale dei diritti fondamentali, cioè del diritto alla vita e alla sussistenza, rappresenta dunque un grande banco di prova²⁵. Il cibo non è più, di fatto, un bene naturale, né tanto meno un bene comune naturalmente accessibile a tutti. Più di un miliardo di persone non hanno la possibilità di accedervi e per questo milioni di persone muoiono ogni anno perché cronicamente sottonutrite e perché vivono in condizioni di povertà assoluta. Di qui la necessità di una rivoluzione giuridica e politica che imponga un ampliamento del paradigma costituzionale e garantista a tutela del cibo, e in generale di tutti i beni fondamentali, contro la loro devastazione, dissipazione o mercificazione sregolata.

Si impone, in primo luogo, la predisposizione di uno strumentario internazionale organico e sistematico che riconosca e tuteli il diritto al cibo quale diritto umano. Attualmente il diritto al cibo è oggetto di frammentato riconoscimento ad opera di alcuni rilevanti strumenti di natura pattizia (in particolare, in seno alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, nel Patto internazionale sui diritti economici e sociali, nella Convenzione sulle discriminazioni contro le donne, nella Convenzione sui diritti del bambino, nella Dichiarazione di Roma

²⁵ A prescindere dalla categoria di diritti in cui il diritto al cibo è di volta in volta ascritto, i suoi elementi descrittivi sono tali da consentire di ricondurlo, anche per il livello di tutela costituzionale comparata, alla categoria dei c.d. «*basic rights*», ovvero quei diritti «il cui godimento rende possibile il godimento di tutti gli altri diritti». Così, per esempio, H. SHUE, *Basic Rights. Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, II ed., Princeton (NY) 1996, 20.

sulla sicurezza alimentare mondiale²⁶), ma rappresenta una grave lacuna l'assenza nel diritto internazionale di uno strumento condiviso ed unitario preordinato in forma univoca alla proclamazione del diritto al cibo quale diritto fondamentale dell'uomo e alla predisposizione di sedi e procedure che lo rendano giustiziabile. Risulta parimenti episodico il riconoscimento del diritto al cibo quale diritto fondamentale da parte delle Costituzioni nazionali: solo in seno ad alcune di esse è rinvenibile un esplicito riconoscimento del diritto al cibo (ad esempio, Bolivia, Brasile, Colombia, Costa Rica, Repubblica democratica del Congo, Ecuador, Egitto, Kenya, Messico, Nepal, Filippine, Sudafrica, Ucraina), mentre nella maggioranza dei casi il diritto ad una adeguata e sufficiente alimentazione è deducibile dalle disposizioni costituzionali che fanno generico riferimento al diritto ad un adeguato standard di vita, concependosi il diritto al cibo quale componente indefettibile del medesimo (ad esempio, in Argentina, Algeria, Armenia, Belgio, Etiopia, Indonesia, Giappone), ovvero è contemplato quale obiettivo o fine nell'ambito di norme meramente programmatiche (ad esempio, in Austria, Bangladesh, India, Irlanda, Myanmar, Nigeria, Namibia, Pakistan).

In secondo luogo, si impone una nuova visione costituzionale del cibo come diritto fondamentale e una sua effettiva implementazione mediante leggi, codici dell'alimentazione, regolamenti, politiche e buone prassi in considerazione della natura trasversale e plurisettoriale delle problematiche che lo riguardano. Ciò deve avvenire nella consapevolezza della essenza polimorfa del diritto al cibo, che si manifesta (I) nella propria versione di diritto fondamentale ove operi quale diritto ad alimentarsi in condizioni di dignità (ciò che si sostanzia nell'accesso fisico, sociale ed economico ad alimenti sufficienti capaci di soddisfare le necessità e preferenze alimentari per una vita sana e dignitosa), (II) nella propria versione di diritto sociale ove implichi l'intervento dello Stato al fine di creare i requisiti che consentano ai consociati di dispiegare le proprie potenzialità per la produzione o l'acquisizione di un'alimentazione adeguata per se e le proprie famiglie, (III) nella propria versione di diritto economico ove operi quale diritto alla sicurezza dei prodotti alimentari e quale garanzia dei consumatori, infine (IV) quale diritto culturale, ove operi quale diritto ad alimentarsi secondo le proprie tradizioni culturali e in sintonia con i precetti filosofici, morali e religiosi del gruppo sociale di appartenenza. Se si considera il diritto al cibo quale corollario diretto ed immediato della dignità umana, spetta in ultima istanza al diritto e alla giurisprudenza – nazionale e sovranazionale – il fondamentale compito di declinare la dignità secondo il criterio della funzionalizzazione delle diverse situazioni giuridiche soggettive alla valorizzazione ed esaltazione della medesima,

²⁶ Dichiarazione di Roma sulla sicurezza alimentare mondiale, 1996: «Noi, Capi di Stato e di Governo [...] riaffermiamo il diritto di ogni persona ad avere accesso ad alimenti sani e nutrienti, in accordo con il diritto ad una alimentazione appropriata e con il diritto fondamentale di ogni essere umano di non soffrire la fame».

mediante la adozione di un sistema scalare che non manchi di collocare il diritto al cibo in una posizione di assoluta priorità, nonché attraverso la individuazione di adeguati momenti e sedi di giustiziabilità del diritto medesimo capaci di assicurarne la piena effettività.

In terzo luogo, si impone l'individuazione di strategie politiche e sociali a livello locale che intervengano sulla gestione della complessità del territorio per assicurare materialmente l'accesso al cibo adeguato, sicuro e di qualità. Si pensi alla predisposizione di *food policies* cittadine che si concretizzano nello sviluppo e attuazione di programmi politici da parte degli Enti locali volti a indirizzare produzione, trasformazione, distribuzione, acquisto di cibo, il suo recupero e la gestione dei rifiuti organici, creando sinergie tra i vari attori del sistema agroalimentare (agricoltori, imprese, associazioni, consumatori e pubblica amministrazione) per attuare una visione di lungo termine sulle scelte legate al cibo. Ciò consente di porre al centro dell'attenzione le persone con i loro bisogni e le specifiche risorse del territorio senza rinunciare a una visione sistemica del modello agroalimentare. In un tale approccio sarà necessario partire dall'individuazione di coloro i cui diritti non sono rispettati, dunque dagli individui e dai gruppi più fragili. Vi sono poi coloro i cui diritti potrebbero non essere mantenuti nel tempo, proprio perché più vulnerabili; comprendere i processi che portano le persone o determinati gruppi sociali dalla sicurezza all'insicurezza alimentare può contribuire a capire in che modo le attività del sistema influiscono su questi processi. Bisognerà poi considerare e includere nel discorso le attività del sistema e le risorse del territorio, nonché gli effetti delle attività del sistema, che da una parte influenzano il benessere sociale, economico e ambientale, e dall'altra ne vengono influenzati, perché un maggior benessere consente, ad esempio, di mobilitare riserve in caso di crisi. Si richiede, in altri termini, una progettazione costruita in modo condiviso a livello di comunità locale, fondata su una rilettura dei bisogni e delle risorse che valorizzi le capacità e l'esperienza degli attori coinvolti e che stimoli la responsabilizzazione di tutti. Sono i temi della sussidiarietà, della *governance* e della responsabilità sociale che si intrecciano secondo un approccio che presuppone un radicale cambiamento del rapporto Stato e società, una più stretta collaborazione tra settore pubblico, privato e no-profit che dia vita a una forma più matura di sussidiarietà orizzontale in cui diventano tutti responsabili della costruzione del bene comune e nella tutela dei beni collettivi.

2.2. *Quello che il cibo dovrebbe essere: un diritto fondamentale.* – Indubbiamente la prospettiva di una nuova visione costituzionale del cibo come bene fondamentale, e dunque oggetto di un diritto fondamentale, è suggestiva e apre ampi spazi di riflessione sulle potenzialità espansive della sua tutela, sugli obblighi generali e specifici che ne scaturiscono e sulla concreta giustiziabilità del diritto in parola. La considerazione del cibo come «diritto» che investe nel suo complesso la condizione umana e le basi più profonde dell'esistenza valorizza

la sua natura non solo di diritto sociale legato a situazioni di povertà, ma anche quella di diritto legato all'autodeterminazione, sia individuale, sia collettiva, e all'identità culturale di ciascuno. Si tratta di un diritto che è condizione per il godimento degli altri diritti la cui fondamentale è insita nella sua connessione con l'esistenza e il valore della dignità umana; condizione affinché si possano ritenere garantiti libertà, eguaglianza e, in generale, tutti gli altri diritti²⁷. Pare questa la prospettiva più corretta dalla quale affrontare le tematiche legate all'accesso al cibo, alla sicurezza alimentare e alla lotta agli sprechi. Il cibo non è solo una risposta strumentale a un'esigenza fisiologica ma è anche carico di valori simbolici, culturali e relazionali.

L'etimologia della parola «alimento» (dal latino *alere*, «nutrire», «far crescere», «far svilupparsi») denota già il significato letterale. Dante parlava di «sostanza contenente vari principi nutritivi suscettibili di essere utilizzati dagli organismi viventi» per cui si designa come alimentare ciò che «serve al nutrimento»²⁸. Nel tempo questa originaria spiegazione sembra stabile tanto che per «alimento» il noto Dizionario Devoto-Oli definisce ogni sostanza «che fornisce materiali indispensabili all'eventuale accrescimento e allo svolgimento delle funzioni fondamentali per la vita dell'individuo e della specie», genericamente indicate come «cibo, nutrimento, sostentamento». Come per molte altre nozioni il cui significato originario si ricava dalle scienze applicate, il diritto alimentare può utilmente fare riferimento al senso letterale per il lemma «alimentazione», mentre con la parola «alimenti», nel linguaggio giuridico, di regola, si viene ad indicare qualsiasi mezzo necessario per vivere, la cui prestazione incombe a determinate persone nei casi previsti dalla legge. È ovvio che qui ci troviamo in tutt'altro campo. Quando parliamo di cibo come «alimento» o di accesso al «cibo adeguato» il riferimento è al valore del cibo e alla sua natura di bene fondamentale nel linguaggio costituzionale dei diritti. Per essere precisi non è neppure il diritto dell'alimentazione che, infatti, comprende la disciplina del cibo lungo tutto il percorso della filiera agroalimentare, efficacemente proposto con l'espressione «dai campi alla tavola», e regola i passaggi della produzione, commercializzazione e consumo. Più corretto, in questo contesto, è parlare di diritto all'alimentazione, ossia del diritto di ciascuno di «nutrirsi» adeguatamente per poter vivere in modo dignitoso. È evidente la diversa finalità di tutelare e garantire l'«accesso al nutrimento»²⁹. Peraltro una simile distinzione è stata fatta anche

²⁷ La garanzia del diritto al cibo si pone in connessione con la libertà e l'eguaglianza poiché e solo attraverso l'accesso a risorse alimentari adeguate che i soggetti possono dirsi liberi e possono rapportarsi con gli altri in condizioni di eguaglianza sostanziale. Sulle connessioni tra libertà e eguaglianza, con particolare riferimento alla critica dell'individualismo estremo che caratterizza la società contemporanea: N. URBINATI, *Liberi e eguali*, Roma-Bari 2011.

²⁸ M. MONTANARI, *La fame e l'abbondanza. Storia dell'alimentazione in Europa*, Roma-Bari 1994, 74-75.

²⁹ Cfr., tra gli altri, J. ZIEGLER, *Dalla parte dei deboli. Il diritto all'alimentazione*, Milano 2004.

dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 10 del 2010 allorché, esaminando la normativa che ha introdotto la cd. «social card» (art. 81 del D.L. n. 112 del 2008), pare aver esplicitamente riconosciuto il diritto all'alimentazione sia come «diritto fondamentale» che come «diritto sociale» basandosi sugli artt. 2, 3, secondo comma, e 38 della Costituzione³⁰. Maggiore consapevolezza terminologica la ritroviamo anche nella più recente legislazione nazionale in materia agroalimentare: dalla legge n. 166/2016 che ha definito correttamente le nozioni di «spreco», «perdita» e «rifiuto» alimentare alla riforma delle norme in materia di reati agroalimentari che ha introdotto i concetti di «identità alimentare» e «patrimonio alimentare», ponendo la dovuta attenzione ai temi del biologico, della stagionalità e della territorialità e nobilitando il prodotto alimentare quale bene autonomo, affrancato dal diritto della proprietà industriale.

Nel caso del cibo, il discorso sui diritti fondamentali è applicabile tenendo però presente le sue specifiche peculiarità. Ben potendo apparire come un diritto unitario nella sua sostanza assiologica, al contempo, si veste di una pluralità di forme giuridiche strumentali alla sua realizzazione e dalle quali scaturiscono molteplici posizioni giuridiche soggettive. La natura multidimensionale del cibo dipende dal fatto che questo bene è in grado di intercettare una pluralità di bisogni e di interessi a loro volta riconducibili ad altrettanti diritti fondamentali, ai quali esso si appoggia traendone uno specifico contenuto e una diversa natura, quale diritto di libertà (si pensi in questo senso alla libertà di scelta rispetto alla assunzione di determinati alimenti, come può accadere contestualizzando il diritto al cibo nel suo rapporto con il diritto alla libertà religiosa) e quale vero e proprio diritto sociale, inteso quale diritto di accesso a cibi qualitativamente e quantitativamente adeguati, nel suo rapporto – ad esempio – con il diritto alla salute o con il diritto alla sussistenza dignitosa. Inoltre, pur potendosi leggere quale diritto individuale, esso può al tempo stesso essere visto come interesse collettivo, in particolare laddove il cibo venga posto in relazione alle tematiche ambientali e alla sostenibilità. Tale pluralità di senso si coglie, *in primis*, guardando alla regolamentazione di matrice internazionalistica da cui emerge un diritto al cibo «adeguato» che non deve esaurirsi nel più basilare diritto alla libertà dalla fame, ma che deve includere le obbligazioni imposte agli Stati al fine di rendere possibile la tutela, attraverso il cibo, della dignità umana e la piena realizzazione della propria personalità e del proprio progetto di vita. Guardando a questi obblighi sotto la lente del diritto costituzionale emergono le due facce del diritto al cibo, ovverosia il diritto al cibo come libertà negativa e come libertà positiva. Nel primo senso indicativo è l'obbligo di rispetto, dal quale scaturisce il divieto per lo Stato di interferire con il godimento e con l'esercizio del diritto. Il risvolto positivo è invece assicurato dagli obblighi che impongono allo Stato di porre in essere azioni e strumenti tramite l'apparato normativo e soprattutto tramite

³⁰ Cfr., Corte cost. ita., Sentenza n. 10 del 2010, considerando 6.4.

politiche coerenti, per garantire che i singoli non vengano ostacolati nel loro diritto di accesso al cibo da imprese o altri privati e per promuovere e facilitare l'universalità dell'accesso al bene. L'adempimento di tali obbligazioni impegna quindi gli Stati non solo dal punto di vista dell'intervento regolatorio ma anche dal punto di vista economico attraverso l'allocazione di risorse³¹.

È dunque importante tenere a mente la multidimensionalità del bene-cibo che tocca, in funzione strumentale, numerosi ambiti su cui insistono i più classici diritti fondamentali, ricomprendendo tra essi l'insieme dei diritti sociali (diritto al lavoro e alla connessa retribuzione, rapporti di famiglia, diritto alla previdenza e all'assistenza). Questo essere strumentale del bene-cibo rispetto al soddisfacimento di altri diritti fondamentali aiuta a comprendere come nella maggioranza dei Paesi occidentali o comunque ricchi e industrializzati non vi sia stato un espresso riconoscimento del cibo quale autonomo diritto fondamentale, benché talune parziali e caute aperture si possono forse trovare nella più recente giurisprudenza – europea e italiana – «della crisi»³². La sfera di tutela del cibo manca ancora di una piena autonomia ed effettività, tanto che essa sembra invece piuttosto trovare concretizzazione grazie al continuo rimando, caso per caso in base alle fattispecie considerate, ad altri specifici diritti fondamentali ai quali il cibo, non godendo ancora di un autonomo statuto costituzionale, si appoggia.

3. *Verso una costituzionalizzazione del diritto al cibo adeguato?* – Dal 1996, anno del World Food Summit, il dibattito sul diritto fondamentale al cibo è andato intensificandosi sia da un punto di vista teorico e scientifico, sia da un punto di vista giuridico e politico ed è iniziato un processo di costituzionalizzazione del

³¹ Cfr., per esempio, la decisione della Corte costituzionale della Colombia che, in *Abel Antonio Jaramillo, Adeia Polania Montano, Agripina Maria Nunez y otros* del 2004, ha risolto il caso di 1150 famiglie (per un totale di circa 4000 persone) che avevano azionato centinaia di procedimenti di tutela e che vivevano tutte in condizioni di povertà estrema da anni. Pur avendo richiesto gli aiuti alle agenzie di Stato incaricate di tutelare gli sfollati, in particolare per l'aiuto alimentare, l'abitazione, la salute e l'educazione, se li erano visti negare, sulla base della mancanza di risorse sufficienti. La Corte ha tuttavia concluso dichiarando che le condizioni di estrema vulnerabilità degli sfollati e la connessa omissione di protezione da parte delle autorità pubbliche costituivano una violazione del diritto alla vita, all'integrità personale, all'eguaglianza, al lavoro, alla salute, alla sicurezza sociale e all'alimentazione. In particolare la Corte ha chiesto al Governo di elaborare entro due mesi un piano che consentisse di garantire ad ogni persona sfollata di godere almeno del nocciolo duro dei diritti di base, compresa la distribuzione di un aiuto alimentare utile a soddisfare i loro bisogni primari.

³² Così, per esempio, G. FONTANA, *I giudici europei di fronte alla crisi economica*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, INT – 114/2014. Lo dimostra anche una certa giurisprudenza di merito quando si afferma, con riferimento ai requisiti per la concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari, che «la compromissione del diritto alla salute e del diritto all'alimentazione comporta gravi situazioni di vulnerabilità giuridicamente rilevanti quanto al riconoscimento della protezione umanitaria, tenuto conto dell'esistenza di specifici obblighi costituzionali e internazionali gravanti sullo Stato». Si vedano, in particolare, Ordinanza Trib. Milano, 31 marzo 2016 e Ordinanza Trib. Milano, 3 giugno 2016.

diritto in parola che ha portato molti Paesi del mondo a inserirlo esplicitamente nelle loro Carte costituzionali. L'attenzione dei giuristi e dei costituzionalisti si è col tempo focalizzata sul diritto al cibo e sull'autosufficienza alimentare, il cui fine è proprio quello di stabilire condizioni minime e necessarie per l'affermazione di un'esistenza libera e dignitosa. Ogni persona dovrebbe avere il libero accesso a un cibo sano, nutriente, adeguato e culturalmente appropriato. La quantità e la qualità degli alimenti devono essere idonee ad assicurare una vita sana e la dignità degli esseri umani³³. Per queste ragioni, e tenendo conto dell'influenza esercitata dal diritto internazionale in questo settore, il rispetto, la protezione e la realizzazione del diritto al cibo è divenuto un vero e proprio laboratorio giuspolitico³⁴.

Il diritto al cibo è ora entrato in una nuova era ed è diventato il terreno su cui misurare l'impatto concreto, la valenza reale e le capacità effettive delle odierne democrazie costituzionali nel rispondere ai bisogni primari e concreti delle persone, nonché la capacità di tenuta dei sistemi nazionali di *welfare*. Come risultato di questi sforzi, la visibilità del diritto al cibo è aumentata notevolmente nel corso degli ultimi decenni, grazie soprattutto al diritto internazionale che ha fornito un apporto fondamentale nel processo di progressiva definizione del diritto al cibo in termini di diritto umano e con caratteristiche multidimensionali, al lavoro di organizzazioni non governative come la FAO e all'attività dei Relatori Speciali delle Nazioni Unite sul diritto al cibo. Gli Stati hanno dunque avvertito questa accelerazione e hanno cominciato a fare proprie queste istanze riconoscendo sempre più esplicitamente il diritto al cibo «adeguato», o specifici aspetti di questo, all'interno delle proprie costituzioni, dando avvio a una nuova stagione di politiche sul cibo mediante l'approvazione di leggi, regolamenti, codici dell'alimentazione e lo sviluppo di piani e programmi specifici. Si può forse dire che il diritto al cibo è divenuto col tempo un vero e proprio quadro di riferimento volto a guidare gli interventi normativi e le politiche degli Stati e, più in generale, di tutti gli attori coinvolti nel sistema agroalimentare (decisori pubblici, amministratori, imprenditori, società, consumatori e cittadini). Nel corso degli ultimi anni la comunità internazionale si è quindi espressa in favore di una totale e piena garanzia del diritto all'alimentazione nella consapevolezza che per provare a sconfiggere la fame e la malnutrizione o, comunque, migliorare le condizioni di vita della popolazione, non sono sufficienti le forze del libero mercato o lo sviluppo tecnologico bensì l'intervento di uno Stato che – riappropriatosi

³³ Sul concetto di «adeguatezza» si rinvia a J. ZIEGLER, *Dalla parte dei deboli. Il diritto all'alimentazione*, Milano 2004, allorché precisa che il «diritto al cibo adeguato» è il diritto di ogni essere umano «ad avere un accesso regolare, permanente, libero, sia direttamente sia tramite acquisti monetari, a cibo quantitativamente e qualitativamente adeguato e sufficiente, corrispondente alle tradizioni culturali della popolazione di cui fa parte il consumatore e in grado di assicurare una vita psichica e fisica, individuale e collettiva, priva di angoscia, soddisfacente e degna», op. cit., 49.

³⁴ Cfr., J. ZIEGLER, *Dalla parte dei deboli. Il diritto all'alimentazione*, Milano 2004.

della sovranità indebitamente ceduta ai poteri economici³⁵ – sappia farsi esso stesso «innovatore».

La principale fonte giuridica di questo orientamento, accanto alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo³⁶, è il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, quando all'articolo 11 impone agli Stati firmatari di riconoscere il diritto di ciascuno al cibo e di impegnarsi a migliorare le tecniche di produzione, a introdurre le riforme agrarie e a regolare in modo opportuno i flussi commerciali tra Paesi. Altra tappa importante è l'approvazione del *General Comment No. 12* ad opera del Comitato Onu sui diritti economici, sociali e culturali (1999). Il documento fa esplicito richiamo ai doveri degli Stati nel garantire il diritto al cibo «adeguato», da realizzare seguendo un gradiente di livello di protezione: (I) il dovere di rispettare, che guarda allo Stato come potenziale attore di discriminazione tra gruppi, come è accaduto in Paesi interessati da conflitti. In questo caso, si afferma che il cibo non può diventare uno strumento da impiegare come arma contro una parte; (II) il dovere di proteggere, che riguarda il ruolo dello Stato nella contesa tra gruppi. È dovere dello Stato far sì che, nei rapporti tra le forze sociali, una parte non espropri quella più debole delle proprie titolarità all'accesso, come potrebbe accadere nel caso di salari al di sotto della sussistenza o di espropriazione di terra e acqua; (III) il dovere di facilitare, che attiene alla creazione di un ambiente favorevole all'accesso e all'utilizzo, attraverso l'istruzione e la formazione, la realizzazione di infrastrutture, la definizione di regole eque; (IV) il dovere di provvedere, infine, che riguarda quelle situazioni in cui la capacità degli individui, delle famiglie o delle comunità locali viene meno, rendendo necessari trasferimenti di risorse per sopperire a tali mancanze.

Comprendere le modalità di tutela a livello internazionale è un passaggio necessario per inquadrare il diritto al cibo «adeguato» negli ordinamenti nazionali. Negli ultimi anni si è assistito a un passaggio dall'approccio verticistico della lotta contro la fame nel mondo a un approccio orizzontale, in cui ciascun Paese ha assunto un ruolo più attivo. Per usare le parole di Stefano Rodotà «siamo di fronte a una vera e propria costituzionalizzazione diffusa di tale diritto, che corrisponde alla più generale costituzionalizzazione della persona, punto di riferimento dei più recenti sviluppi del diritto»³⁷. Tale osservazione sembra essere suffragata dagli esiti di un'indagine promossa dalla FAO nel 2011, dalla

³⁵ Così V. SHIVA, *Who really feeds the planet?*, trad. it. *Chi nutrirà il mondo? Manifesto per il cibo del terzo millennio*, Milano 2015, 183.

³⁶ «Ciascuno ha il diritto ad uno standard di vita adeguato alla sua salute e al benessere suo e della sua famiglia, che includa il cibo, il vestiario, l'abitazione, le cure mediche e i servizi sociali necessari, e il diritto alla sicurezza nel caso di disoccupazione, malattia, disabilità, vedovanza, vecchiaia o la mancanza di altri fattori di sopravvivenza in circostanze al di là del proprio controllo», Art. 25, UDHR.

³⁷ S. RODOTÀ, *Il diritto al cibo*, i Corsivi (e-book), 2014, 4.

quale emerge che sono oltre cento le costituzioni nel mondo che riconoscono, se pur attraverso meccanismi di tutela differenti, il diritto al cibo. Da questo studio si delineano almeno quattro approcci costituzionali di tutela: 1) riconoscimento esplicito e diretto del diritto al cibo inteso quale diritto fondamentale o come parte di altro diritto umano; 2) riconoscimento implicito del diritto al cibo nei diritti fondamentali in senso lato³⁸; 3) riconoscimento esplicito del diritto al cibo come obiettivo o principio direttivo delle politiche statali³⁹; 4) riconoscimento indiretto del diritto al cibo, attraverso l'interpretazione giurisprudenziale di altri diritti fondamentali⁴⁰.

Merita ricordare le interessanti esperienze del Brasile, la cui Carta costituzionale redatta nel 1988 pone il diritto a una corretta alimentazione al centro della sua attenzione, con il dichiarato intento di migliorare soprattutto le condizioni sociali dei lavoratori urbani e rurali (art. 7) e accompagna a tale riconoscimento la previsione di obblighi rivolti al governo di avviare programmi supplementari di assistenza sanitaria e educazione all'alimentazione (che, in effetti, hanno condotto a importanti riforme sulla sicurezza alimentare, il cui precipuo obiettivo è stato proprio quello di assicurare ad ogni individuo il godimento di un corretto diritto all'alimentazione)⁴¹; del Messico, in cui un'esplicita tutela del

³⁸ In almeno ventiquattro Costituzioni, il diritto al cibo adeguato non è riconosciuto in modo esplicito, e infatti mancano termini come cibo o alimentazione; tuttavia, sono garantiti altri diritti fondamentali nei quali il diritto al cibo è implicito secondo il suo normale significato attribuito nella normativa internazionale. Tali diritti sono il diritto a un adeguato livello di vita, il diritto al benessere, il diritto a una vita dignitosa, il diritto allo sviluppo, il diritto a standard di vita non al di sotto dei livelli di sussistenza. Tutelano implicitamente il diritto al cibo anche diritti come quello a un salario minimo, alla sicurezza sociale per gli indigenti, a una speciale assistenza e protezione per l'infanzia, il sostegno alla maternità e i diritti dei diversamente abili. Cfr., L. KNUTH, M. VIDAR (a cura di), *Constitutional and Legal Protection of the Right to Food around the World*, FAO, Roma, 2011 (su www.fao.org).

³⁹ Alcuni ordinamenti, pur non riconoscendo il diritto al cibo adeguato nel catalogo dei diritti costituzionalmente garantiti, tutelano il diritto al cibo o alla sicurezza alimentare o all'innalzamento dei livelli di nutrizione o degli standard di vita all'interno di principi direttivi. Tali principi si propongono di raggiungere obiettivi, talora anche costituzionalmente definiti, attraverso le politiche pubbliche. Spesso i principi direttivi, pur orientando le azioni governative, non sono considerate disposizioni rivolte agli individui e quindi diritti immediatamente giustiziabili, ma sono precetti che obbligano i governi. Cfr., L. KNUTH, M. VIDAR (a cura di), *Constitutional and Legal Protection of the Right to Food around the World*, FAO, Roma 2011 (su www.fao.org).

⁴⁰ Vi sono numerose costituzioni che riconoscono e garantiscono altri diritti fondamentali nei quali il diritto al cibo non è necessariamente implicito (diritti come quello alla vita, ad essere liberi dalle torture o da trattamenti degradanti). L'assenza di un esplicito riconoscimento del diritto al cibo non significa che il medesimo sia privo di protezione, la quale dipende molto dallo standard di protezione dei diritti umani assicurato in quel Paese. In questi ordinamenti, il combinato disposto della tutela costituzionale dei diritti con la legislazione, i principi direttivi e le politiche in materia di cibo offrono talora un più che sufficiente quadro di tutela del diritto al cibo adeguato. Cfr., L. KNUTH, M. VIDAR (a cura di), *Constitutional and Legal Protection of the Right to Food around the World*, FAO, Roma 2011 (su www.fao.org).

⁴¹ Si pensi all'introduzione del reddito minimo come misura di contrasto alla fame e alla povertà in una fase storica che ha visto questo Paese, nel giro di pochissimi anni, passare da condizione di

diritto di ogni persona a ricevere una «alimentazione nutriente, sufficiente e di qualità» è stata inserita nella più recente Costituzione (all'esito della riforma introdotta nel 2011, art. 4); e del Sudafrica, che si è impegnato nella Costituzione del 1997 ad assicurare «una efficiente alimentazione» (art. 27), accanto al diritto di ogni fanciullo «all'alimentazione essenziale» (art. 28). Per assicurare il perseguimento di questi significativi obiettivi, volti a sradicare ataviche condizioni di povertà, questi testi costituzionali affidano soprattutto allo Stato il compito di adoperarsi per la promozione, attraverso le necessarie riforme economico/sociali, delle condizioni necessarie per lo sviluppo delle attività agricole, nelle zone rurali, indispensabili per consentire il soddisfacimento dei bisogni essenziali/primari della persona⁴², svolgendo contemporaneamente anche un'attenta attività di controllo sull'effettivo perseguimento di questo insopprimibile bisogno esistenziale.

Nella più recente «ondata» di costituzionalismo, sempre più frequenti sono poi i riferimenti dedicati alla salvaguardia dell'ambiente, come indiscutibile precondizione per l'affermazione del diritto al cibo e alla salute. E così, a titolo meramente esemplificativo, si va da un'esplicita previsione della tutela dell'«equilibrio ecologico», in grado di scongiurare la «distruzione degli elementi naturali» (art. 27, 3° comma, Cost. messicana), dell'«ecosistema» (art. 117, 2° comma lett. s, Cost. italiana, a seguito della riforma del 2001), della «terra» e delle «risorse naturali» (art. 88, n. 4, Cost. etiopie del 1994), della «natura e dell'ambiente umano» (art. 3, Cost. croata del 2010), del «diritto di ciascuno all'ambiente sano» (art. XXI, Cost. ungherese del 2011), al fine di assicurare la «difesa» e il «miglioramento dell'ambiente» (artt. 5 e 74, Cost. polacca del 1997), senza affatto trascurare l'impegno dedicato da alcune di queste Carte, più sensibili alle alterazioni introdotte dalle applicazioni delle tecnologie nel campo biologico, all'esigenza di «preservare la diversità e integrità del patrimonio genetico» (art. 225, par. 1, n. 2, Cost. bra-

Paese in via di sviluppo al 7° posto della classifica dei Paesi più industrializzati (per PIL): benché tale crescita non sia dovuta all'adozione del reddito minimo, resta vero che l'adozione di questa misura non ha ostacolato lo sviluppo. Si pensi poi a programmi statali come «Fame Zero», lanciato nel 2003 con la collaborazione della FAO. Basato su tre pilastri (aiuti diretti al reddito, fornitura di pasti gratuiti nelle scuole e rafforzamento dell'agricoltura familiare), si stima che la misura abbia consentito – in soli dieci anni – a 28 milioni di persone di lasciarsi alle spalle la miseria. Cfr., M. RAVAILLON, *A Comparative Perspective on Poverty Reduction in Brazil, China and India*, Policy Research Working Paper, n. 5080, Washington DC 2009.

⁴² In Sudafrica, per esempio, i diritti economici, sociali e culturali, incluso il diritto al cibo, sono costituzionalmente garantiti. Nella sentenza *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others (CCT11/00) [2000] ZACC 19*, la Corte costituzionale ha ritenuto che il governo avesse violato la Costituzione mancando di prendere misure «ragionevoli» per provvedere a persone in condizioni di disperato bisogno. Il caso riguardava l'abitazione, ma il diritto al cibo gode di un'analogia protezione costituzionale, e quindi la conclusione è giudicata rilevante. Ancor più emblematico, poi, è il caso *Kennth George and others c. Minister of Environmental Affairs & Tourism*, n. EC 1/2005, del 2 maggio 2007, deciso dalla Alta Corte del Sud Africa (Divisione provinciale di capo di Buona Speranza). Cfr. V. FEDERICO, R. ORRU (a cura di), *The South African Constitution at Work: Its First 15 The South African Constitution at Work: Its First 15 years of Activity in Diritto pubblico comparato ed europeo IV/2011*, 1293-1528.

siliana), di promuovere il diritto alla salute «con un'agricoltura senza organismi geneticamente modificati» (art. XX, n. 2, Cost. ungherese) ovvero di regolare l'«impiego del patrimonio germinale e genetico di animali, piante e altri organismi» (art. 120, n. 2, Cost. svizzera).

Trattandosi di un diritto, quello al cibo, che più di altri impone una lettura multilivello, occorre poi chiedersi come ciascun ordinamento giuridico reagisca rispetto alle fonti di natura internazionale e sovranazionale perché anche in quegli ordinamenti che non riconoscono il diritto al cibo, né esplicitamente né implicitamente, l'obbligo di rispettarlo potrebbe comunque essere ricostruito alla luce della ratifica dei trattati o convenzioni internazionali che lo tutelano. La ricerca della FAO sulla tutela costituzionale del diritto al cibo ha classificato i diversi Paesi che hanno ratificato i trattati internazionali che tutelano il diritto al cibo «adeguato», individuando Stati nei quali le fonti internazionali sono equiparate o di grado superiore a quelle costituzionali, Stati in cui la costituzione prevede la primazia delle fonti internazionali sulla legislazione nazionale, e Stati in cui altre fonti normative (diverse dalla costituzione) prevedono la primazia delle fonti internazionali sulla legislazione nazionale.

L'intenzione non è certo quella di descrivere tutte le esperienze giuridiche in cui il diritto al cibo è stato incluso espressamente nella costituzione, per tutti i cittadini o per taluni soggetti più vulnerabili, come i bambini⁴³. Interessa invece sottolineare il *trend* comune⁴⁴ che segna questa nuova era della tutela del cibo, tema che è tornato al centro del dibattito globale a seguito della recente crisi economica e finanziaria che, per la prima volta, ha fatto avvertire l'accesso al cibo «adeguato» come emergenziale anche nei Paesi sviluppati. Così se fino a pochi anni fa la riflessione sul diritto al cibo era relegata a un ambito terzomondista, mentre il mondo sviluppato preferiva parlare di diritto dell'alimentazione, oggi le cose sono diverse. Ci si deve, infatti, chiedere se si possa considerare sicuro un Paese che produce cibo sufficiente, ma che non riesce a garantire in modo adeguato il diritto al cibo per una parte, piccola o grande, della popolazione.

3.1. *E nella costituzione italiana?* – A differenza del contesto normativo internazionale, il panorama europeo non ha palesato disposizioni di principio

⁴³ Si segnalano, tra gli altri, i Paesi che riconoscono il diritto al cibo come un diritto fondamentale indipendente applicabile a tutti: si tratta delle costituzioni di Bolivia (art. 16), Brasile (art. 6), Ecuador (art. 13), Guyana (art. 40), Haiti (art. 22), Kenya (art. 43), Sud Africa (art. 27.1), ed Egitto (art. 79). Altri Paesi, invece, riconoscono il cibo adeguato come diritto fondamentale per specifiche categorie della popolazione, come i bambini o i prigionieri o gli impiegati civili. Infine, altri Paesi ancora, lo riconoscono in disposizioni costituzionali in cui il diritto al cibo è esplicitamente riconosciuto come parte di altri diritti umani, in modo simile a quel che avviene nel Patto dei diritti economici sociali e culturali in cui il diritto in parola è parte del diritto a un adeguato standard di vita.

⁴⁴ Cfr., tra gli altri, M.J. McDERMOTT, *Constitutionalizing an enforceable right to food: a new tool for combating hunger*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, Volume 35, Issue 2, 2012.

espressamente dedicate alla garanzia del diritto al cibo «adeguato»⁴⁵. Per quel che concerne l'ambito istituzionale dell'Unione europea ciò pare quantomeno singolare, specialmente se si considera che vi è una copiosa normativa di diritto europeo derivato che incide in molti profili attinenti all'alimentazione. Analogamente, sebbene né la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950), né la Carta Sociale europea, contengano disposizioni che espressamente riconoscono il diritto al cibo «adeguato», si può tuttavia sostenere che nell'ambito del Consiglio d'Europa non sia del tutto assente la sensibilità verso tale tematica. In primo luogo perché tale diritto trova alcune forme embrionali di tutela in via implicita, valorizzate dalla giurisprudenza; in secondo luogo perché, recentemente, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha approvato una Risoluzione in cui «la sicurezza alimentare» viene definita «una sfida permanente che riguarda tutti»⁴⁶. Il cibo è considerato «necessità fondamentale» oltre che un vero e proprio «diritto», nella consapevolezza che se non si riuscirà ad assicurare un sufficiente accesso a cibo sano ed adeguato alle generazioni presenti e future, «la nostra salute», oltre che il nostro «sviluppo e diritti fondamentali saranno compromessi». Vengono considerati alcuni profili fondamentali: quello della sostenibilità della produzione di cibo, quello relativo al consumo responsabile e al miglioramento della sicurezza alimentare; quello relativo agli aspetti regolatori e quello relativo all'accessibilità delle risorse alimentari⁴⁷. Compare, così, nel vocabolario europeo il «diritto ad un cibo adeguato», che gli Stati, unitamente al «diritto ad avere accesso ad acqua pulita»⁴⁸, sono chiamati a garantire in modo pieno ed effettivo, riconoscendone la diretta azionabilità.

Anche in Italia non esiste una autonoma formulazione costituzionale del diritto al cibo «adeguato», verosimilmente perché il Costituente riteneva che assicurare il diritto al lavoro fosse un sufficiente «mezzo per procurarsi il pane»⁴⁹.

⁴⁵ Per uno sguardo complessivo si rinvia a M. BOTTIGLIERI, *Il diritto a un cibo adeguato. Profili comparati di tutela costituzionale e questioni di giustiziabilità*, in P. MACCHIA (a cura di), *La persona e l'alimentazione. Profili clinici, culturali ed etico-religiosi*, Roma 2014, 217-260.

⁴⁶ Risoluzione n. 1957/2013, approvata il 3 ottobre 2013. Testo ufficiale reperibile in <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20227&lang=en> (ultimo accesso: 11 gennaio 2017). Per un commento a tale risoluzione, nella letteratura italiana si veda, tra gli altri, J. LUTHER, *Le scienze e le norme dell'alimentazione di un'umanità in crescita*, in P. MACCHIA (a cura di), *La persona e l'alimentazione. Profili clinici, giuridici, culturali ed etico-religiosi*, Roma 2014.

⁴⁷ Si vedano par. 8.2, 8.3 e 8.4, Risoluzione n. 1957/2013.

⁴⁸ In molti documenti internazionali il diritto all'acqua viene considerato unitariamente al diritto al cibo poiché l'acqua è considerata un vero e proprio alimento liquido. Al diritto all'acqua è dedicata la Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite n. 64/292 del 2010, mentre nel 2002 il Comitato sui diritti economici e sociali e culturali (CESCR) dedicò il *General comment n. 15* al «right to water» (artt. 11 e 12 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali). Molte sono, poi, le Costituzioni che riconoscono formalmente tale diritto.

⁴⁹ Vedasi l'intervento dell'on. Valenti (DC) in Assemblea costituente, *Atti del 29 aprile 1946* su www.nascitacostituzione.it (ultimo accesso: 23 gennaio 2018).

Ma nell'era in cui la crisi economica e la disoccupazione sono divenuti strutturali e il binomio lavoro/sussistenza sembra essersi spezzato anche in Italia tutelare tale diritto tramite il solo diritto al lavoro non sembra più sufficiente. Ecco perché occorre andare a riscoprire tra le pieghe della Carta fondamentale tutte le numerose dimensioni del diritto al cibo che risultano già altrimenti protette. Il diritto al cibo, declinato come diritto al cibo «adeguato» evoca sia la questione della povertà e degli strumenti che l'ordinamento dovrebbe apprestare per contrastarla – ponendo in essere un insieme di strategie che si possano sviluppare tanto a livello nazionale, quanto a livello territoriale decentrato – sia la questione inerente alla connessione con altri diritti, quali, *in primis*, il diritto alla salute, alla sussistenza dignitosa, alla libertà religiosa, o all'identità culturale. Nell'ordinamento italiano, né la Costituzione, né la giurisprudenza costituzionale vi fanno alcuna menzione espressa, sebbene si siano offerti, in tempi relativamente recenti, spunti di riflessione densi di potenzialità⁵⁰. Inoltre, in diversi contesti regionali, anche sulla scia dell'opera di sensibilizzazione che ha accompagnato l'esposizione universale del 2015 e l'approvazione della cd Carta di Milano⁵¹, si fa sempre più marcata la sensibilità per le tematiche legate al cibo, sino a comportare l'introduzione di previsioni normative innovative che più o meno direttamente si prefiggono di fornire tutela effettiva al diritto al cibo «adeguato»⁵².

⁵⁰ Si pensi, in particolare, alla sentenza n. 10 del 2010 che ha visto la Corte Costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla normativa statale che istitutiva di «un fondo speciale destinato al soddisfacimento delle esigenze prioritariamente di natura alimentare e successivamente anche energetiche e sanitarie dei cittadini meno abbienti prevedendo altresì la concessione della cd. *social card* in favore dei «residenti di cittadinanza italiana che versano in condizioni di maggior disagio economico». A sostegno della propria decisione la Corte ha sostenuto l'ammissibilità dell'intervento statale poiché «necessario allo scopo di assicurare effettivamente la tutela di soggetti i quali, in condizioni di estremo bisogno, vantino un diritto fondamentale che, in quanto strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana, [...] deve potere essere garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo, mediante una regolamentazione coerente e congrua rispetto a tale scopo (sentenze n. 166 del 2008 e n. 94 del 2007, in riferimento al caso della determinazione dei livelli minimi di fabbisogno abitativo, a tutela di categorie particolarmente svantaggiate)».

⁵¹ La Carta di Milano è un manifesto concreto e attuabile che coinvolge tutti, donne e uomini, cittadini di questo pianeta, nel combattere la denutrizione, la malnutrizione e lo spreco, promuovere un equo accesso alle risorse naturali e garantire una gestione sostenibile dei processi produttivi. La Carta di Milano, infatti, esplora il tema di Expo Milano 2015 «Nutrire il Pianeta, Energia per la Vita» attraverso quattro prospettive interconnesse: cibo, energia, identità e dinamiche della convivenza. Essa rappresenta l'eredità culturale di Expo Milano 2015. Un documento partecipato e condiviso che richiama ogni cittadino, associazione, impresa o istituzione nazionale e internazionale ad assumersi le proprie responsabilità per garantire alle generazioni future di poter godere del diritto al cibo. Per un maggiore approfondimento si veda: <http://carta.milano.it/la-carta-di-milano/> (ultimo accesso: 23 gennaio 2018).

⁵² Merita di essere evidenziata la legge sul recupero degli alimenti invenduti e sulla loro donazione alle persone bisognose n. 166/2016, entrata in vigore il 14 settembre 2016 e composta da 18 articoli che normano anche ambiti complessi come quello fiscale con un solo e chiaro obiettivo: la riduzione degli sprechi di ogni tipo, incentivando e promuovendo il più possibile il dono, la trasformazione, la redistribuzione delle eccedenze non solo alimentari e lungo tutta la filiera.

La Costituzione italiana rientra tra quelle che recepiscono il diritto al cibo in via implicita, sia attraverso la protezione di altri diritti più ampi che lo includono, come il diritto alla salute (art. 32 Cost.), il diritto a un'esistenza libera e dignitosa (art. 36 Cost.) e i principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost., sia per il tramite dell'art. 117. Cost. che consente di conferire dignità costituzionale ai Trattati internazionali ratificati dall'Italia nei quali il diritto al cibo è espressamente tutelato. L'art. 117, comma primo, Cost., infatti, costituisce un parametro speciale di costituzionalità delle leggi e il potenziale «punto d'accesso» nell'ordinamento italiano delle disposizioni contenute nei Trattati internazionali ratificati dall'Italia. Tale tesi, pur presentando profili di criticità, appare condivisibile ma non sufficiente a inquadrare il diritto in parola. Nella Costituzione italiana, infatti, l'obbligo di rispettare, proteggere e rendere effettivo il diritto al cibo si basa anche su fondamenti giuridici autoctoni.

I forti collegamenti fra diritto al cibo, principio di eguaglianza e principio di solidarietà, portano a collocarlo tra i diritti fondamentali della persona e a considerarlo nel suo legame inscindibile con la dignità umana, con il diritto alla salute e con il diritto alla sussistenza e, più in generale, con la libertà. La connessione fra diritto al cibo e sviluppo della personalità di ciascuno porta quindi a ritenerlo certamente incluso nella tutela di cui agli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione. Inoltre, anche le disposizioni relative alla disciplina dei rapporti economici (artt. 41-47 Cost.) potrebbero, grazie ad un'interpretazione estensiva, essere lette in un'ottica di garanzia del diritto al cibo; così come i principi in materia di lavoro (artt. 1 e 4 Cost.), condizione spesso essenziale affinché, grazie alla retribuzione sufficiente ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa o alle forme di assistenza e previdenza che stabiliscono il diritto al mantenimento (art. 38 Cost.), si possa sopperire alle esigenze alimentari proprie e della propria famiglia. Alla luce di quanto sopra, quindi, pare potersi sostenere che il diritto al cibo «adeguato» trova una dimensione costituzionale, ancorché implicita, e si pone quale dovere per i pubblici poteri di garantire, ad ogni livello di governo, tutti i profili di un'esistenza dignitosa. Compito del giurista è insistere lungo queste direttive e individuare gli strumenti giuridici più efficaci per rendere effettivi questi principi.

4. Dare effettività al diritto al cibo: il ruolo innovativo delle food policies come strumenti di gestione della complessità del territorio. – Una volta che si è debitamente ricondotto il diritto al cibo tra i diritti fondamentali, e ci si trovi dinanzi ad una giurisprudenza costituzionale che espressamente legittima – a sua garanzia – «un intervento dello Stato che comprende anche la previsione della appropriata e pronta erogazione di una determinata provvidenza»⁵³ in favore

⁵³ Così la Corte cost. nella sentenza n. 10 del 2010, al considerato in diritto 6.4. Si consigliano, per un approfondimento, F. PIZZOLATO, *La "social card" all'esame della Corte costituzionale*, in *Rivista*

dei meno abbienti, occorre individuare le modalità più efficaci per garantire effettività a questo diritto. Le leggi dovrebbero indirizzarsi verso aree di interesse pubblico come il possesso della terra, accesso all'acqua, livello salariale minimo, sistemi di sicurezza sociale, credito, mercati rurali, produzione alimentare e qualità degli alimenti, riduzione degli sprechi alimentari, riutilizzo delle eccedenze, sostenibilità. Parallelamente, le istituzioni dovrebbero definire e implementare politiche e strategie che – in un'ottica rispettosa della democrazia che parte dal basso, e consapevoli del fatto che la povertà è un fenomeno «dinamico», che riduce ogni cinque anni ciclicamente almeno un terzo dell'intera popolazione europea in condizione di grave deprivazione materiale⁵⁴ – diano concretezza ai diritti e alle norme giuridiche. Infatti, se è vero che sostenere la tesi dell'esistenza di un diritto fondamentale al cibo «adeguato» attraverso un approccio basato sui diritti può offrire alcuni vantaggi in termini di effettività e responsabilità (specialmente in termini di obblighi positivi che lo Stato è tenuto ad adempiere e in termini di giustiziabilità di tali obblighi sia nei confronti delle istituzioni ma anche nei confronti dei soggetti privati che con le loro attività incidono su tali diritti⁵⁵), è altrettanto vero che senza politiche appropriate che sviluppino il quadro normativo di riferimento il diritto al cibo rischia di rimanere una vuoto

del diritto della sicurezza sociale, n. 2, 2010 e S. PASQUINO, *Social card: legittimo l'intervento dello Stato a sostegno dei cittadini bisognosi. Nota a Corte Cost. n. 10/2010*, in *www.astrid-online.it*, 2010.

⁵⁴ Quanto all'analisi dell'impatto delle previsioni costituzionali concernenti la povertà si veda l'interessante e analitico studio di L. MINKLER, N. PRAKASH, *The Role of Constitutions on Poverty: A Cross-National Investigation*, in IZA DP No. 8877, 2015.

⁵⁵ I casi giurisprudenziali esaminati dalle Corti costituzionali di altri Paesi (Sud Africa, India, Messico, Brasile) aiutano innanzitutto a confutare l'opinione tradizionale di quanti negano la giustiziabilità del diritto al cibo «adeguato» e dimostrano che questo, teoricamente giustiziabile, lo sta divenendo anche nella prassi giudiziaria, almeno negli ordinamenti in cui ve ne siano le condizioni. Dall'osservazione di questa casistica giurisprudenziale di rango costituzionale, la dottrina ha potuto altresì desumere quali siano i presupposti che condizionano la giustiziabilità del diritto al cibo: è innanzitutto indispensabile che esso sia consacrato nel sistema giuridico considerato (a prescindere dalla tecnica di tutela costituzionale adottata); che sia invocabile dinanzi a un organo giudiziario o quasi-giudiziario; che sia riconosciuto come giustiziabile da tale organismo. Cfr., C. GOLAY, *The right to food and the access to justice*, Roma 2009 e M.J. McDERMOTT, *Constitutionalizing an enforceable right to food: a new tool for combating hunger*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, Volume 35, Issue 2, 2012. Un ulteriore elemento che contribuisce a rendere effettiva la tutela giurisdizionale del diritto al cibo è rappresentato dalla sussistenza, nel sistema giuridico di riferimento, di un meccanismo di accesso alla giustizia da parte dei più svantaggiati, che consenta loro di invocare il diritto violato a nome delle vittime: non è un caso se sotto il profilo procedurale i casi più rilevanti sono stati sollevati nell'ambito della promozione di *public interest litigation*, azioni processuali intentate nell'interesse pubblico da parte di ONG o soggetti non direttamente lesi, ai quali viene tuttavia riconosciuta la legittimazione ad agire al fine di rappresentare interessi collettivi di soggetti che non dispongono della cultura e delle risorse necessarie per accedere alla giurisdizione costituzionale. Così nel caso deciso dalla Corte Suprema Indiana, *People's Union for Civil Liberties (PUCL) c. Union of India and others* (SC 2001 n. 1962001). Su questo caso Cfr. GOLAY, *op. cit.*, 278-285, il quale ricorda che tale vertenza rientra nella tipologia delle *public interest litigation* non previste esplicitamente dalla costituzione indiana ma accolte dalla Corte suprema a partire dagli anni Ottanta, allo scopo esplicito di permettere alle persone svantaggiate, che costituiscono la maggioranza della popolazione indiana, di avere accesso alla giustizia.

ta retorica. Se allora si sceglie di spostare l'attenzione dai proclami ai bisogni, diventa essenziale rendere effettive le norme che riconoscono e tutelano questi diritti mettendo in campo misure che tengano conto, in particolare, che il nesso inscindibile tra lavoro e cibo si è spezzato e che pertanto è in questo nuovo scenario che occorre operare. Per consentire ai più vulnerabili⁵⁶ di accedere a un cibo «adeguato» in modo dignitoso, secondo un principio di giustizia ed equità, non è davvero necessario modificare la Costituzione. Basterebbe imprimere alle politiche che possono concorrere a realizzare tale diritto (come quelle fiscali, sanitarie, del lavoro, di *welfare*) una sorta di *right to food approach*, un approccio cioè che sia commisurato, oltre che finalizzato, alla dignità sociale della persona che ha bisogno di cibo: si tratta, in altri termini, di riconoscere che gli individui affamati sono soggetti di diritto e non mero oggetto di concessioni pubbliche o beneficenze private, più o meno ottriate.

Le *food policies* cittadine incarnano bene questa nuova sensibilità. Quando un'amministrazione comunale decide di servire acqua del rubinetto e frutta e verdura di stagione nelle mense scolastiche, sta attuando una politica del cibo⁵⁷. Assegnare spazi per gli orti urbani o per un *farmer's market*, imporre una tassa sul consumo di bibite zuccherate o scrivere un piano urbanistico che preveda spazi per l'agricoltura: anche queste azioni fanno parte delle politiche urbane sul cibo. Diminuire la tassa sui rifiuti a quelle imprese che riducono gli sprechi e donano gli alimenti invenduti e altrimenti destinati a divenire rifiuti ad associazioni caritatevoli: anche questa è un'altra politica cittadina sul cibo. In questi e in molti altri casi, gli interventi delle amministrazioni locali possono dare ottimi risultati su questioni come la sostenibilità, l'accesso al cibo, la riduzione degli sprechi, la lotta al cambiamento climatico, il benessere e la salute dei cittadini e degli ecosistemi. Il tutto senza bisogno di investimenti eccessivi e avviando percorsi di partecipazione. Si tratta di contrastare l'insicurezza e la povertà alimentare favorendo l'incrocio tra le politiche pubbliche e i comportamenti virtuosi e socialmente responsabili delle imprese e dei cittadini al fine di rispondere alle esigenze di inclusione sociale e di sostenibilità ambientale. È un modo, sperimentato già da molte città italiane e straniere, per porre le basi di una più stretta collaborazione tra settore pubblico, privato e no-profit che possa trasformarsi in una forma più matura di sussidiarietà orizzontale in cui diventano tutti responsabili della costruzione del bene comune e nella tutela dei beni collettivi. È anche

⁵⁶ Sul preferire i termini «vulnerabilità», «fragilità» a quello di «povertà» si veda R. MARINARO, W. NANNI, T. VECCHIATO (a cura di), *Vite fragili. Rapporto su povertà ed esclusione sociale in Italia*, Milano 2006.

⁵⁷ Per un approfondimento sul ruolo delle *food policies* nei sistemi agroalimentari urbani si vedano, tra gli altri, A. CALORI, A. MAGARINI, *Food and the cities. Food policies for sustainable cities*, Milano 2015; F. PIZZOLATO, *Diritto al cibo: politiche, non riforme costituzionali*, in *Nutrire il pianeta: per un paradigma di sviluppo inclusivo e sostenibile*, 2015, 1, 40 ss.; A. BLAY-PALMER, *Imagining sustainable food systems*, Aldershot 2010.

un modo di incrementare la resilienza delle città, provando a ricercare modelli di produzione e di consumo equi e sostenibili e a coordinarsi con il mondo delle imprese incentivando quelle che, in un'ottica di *corporate social responsibility*, aderiscono a standard etici o attuano comportamenti socialmente e/o ecologicamente virtuosi.

Quando si parla di politiche urbane del cibo si fa riferimento a un insieme molto ampio di modalità attraverso le quali il cibo si incrocia con le politiche che vengono abitualmente trattate a livello locale, come quelle ambientali, urbanistiche, sociali, educative e commerciali. In particolare, l'attenzione è a quelle politiche che hanno una rilevanza strategica e che si propongono di incrementare la sostenibilità e la solidarietà alimentare: cioè le esperienze che hanno come obiettivo esplicito la costruzione di un quadro di riferimento generale per tutte le azioni che riguardano direttamente o indirettamente il cibo, entro il quale identificare obiettivi di miglioramento complessivo del sistema dal punto di vista sociale, ambientale e economico. Si tratta di politiche che comprendono azioni di breve periodo e settoriali ma che, per incidere in modo significativo sulla sostenibilità urbana, necessitano anche interventi di medio-lungo periodo. È evidente che una prospettiva di questo tipo non riguarda solo l'orientamento delle politiche pubbliche dell'Ente locale strettamente intese⁵⁸. Le politiche urbane del cibo più efficaci, infatti, sono quelle che vengono definite e implementate grazie al contributo attivo di tutti gli attori della città, dal mondo delle imprese sino ai singoli cittadini⁵⁹. Per questo motivo le esperienze più interessanti nascono e si sviluppano all'interno di appositi percorsi partecipativi e, spesso, generano dei luoghi istituzionali appositamente dedicati all'indirizzamento e al monitoraggio di queste politiche come dei consigli urbani del cibo (cd *food council*) a cui partecipano persone che appartengono ai diversi ambiti sociali, economici, istituzionali e della ricerca del territorio.

Le prime esperienze di vere e proprie strategie urbane per la regolamentazione del cibo sono nate negli Stati Uniti negli anni Ottanta, cioè in un contesto in cui l'artificializzazione del sistema agroalimentare cominciava a mostrare con evidenza squilibri ed emergenze che vanno dalla depressione dei prezzi alla produzione, all'esplosione del numero di obesi, all'aumento delle malattie cardiovascolari, fino ad arrivare alla drammatica mancanza di cibo in ampie aree di molte città (cd *food desert*⁶⁰) a causa della polarizzazione del sistema del commercio

⁵⁸ «Sono gli Stati direttamente interessati a diventare protagonisti dei processi [di eradicazione della fame, dunque di attuazione di diritto al cibo], senza che, tuttavia, vengano meno responsabilità sociali condivise da una più larga platea di attori internazionali e nazionali». Così, S. RODOTÀ, *Il diritto al cibo*, i Corsivi (e-book), 2014, 3.

⁵⁹ Cfr., C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2011.

⁶⁰ Si veda il noto caso di New Orleans, dopo le devastazioni dell'uragano, D. ROSE (a cura di), *Deserts in New Orleans? Illustrations of urban food access and implications for policy*, in *Ann Arbor*,

alimentare⁶¹. La consapevolezza delle dimensioni di questi fenomeni ha spinto molte città a cominciare a rispondere a questi bisogni come parte dei servizi essenziali della città, fino a coinvolgere anche istituzioni di livello superiore.

In Europa, queste politiche nascono sotto altri nomi e rispondono a bisogni diversi: sviluppandosi prevalentemente all'interno di programmi per la sostenibilità urbana e anche sulla scia delle Agende 21 Locali⁶² sottolineano, ancora una volta, il forte legame tra le politiche urbane per il cibo e le dimensioni della sostenibilità. A questo tipo di politiche fanno riferimento, per esempio, le numerose iniziative sull'agricoltura e l'orticoltura urbana, quelle per la produzione locale di *compost* derivato dai rifiuti organici domestici e le politiche per la sostituzione dei mezzi dedicati alla distribuzione del cibo con mezzi non inquinanti. In Italia, come in molte altre realtà del mondo, esistono già delle politiche e dei progetti che trattano il cibo come una parte delle politiche della municipalità⁶³. Le mense scolastiche, i mercati, le regole del commercio e i piani urbanistici che regolano

MI: University of Michigan National Poverty Center/USDA Economic Research Service Research, 2009.

⁶¹ Si vedano, tra gli altri, R. NEFF (a cura di), *Introduction to the US Food System: Public Health, Environment, and Equity*, New York 2014; K. MORGAN, *Feeding the city: The challenge of urban food planning*, London 2009; K. POTHUKUCHI, J. LKAUFMAN, *Placing the food system on the urban agenda: The role of municipal institutions in food systems planning*, in *Agriculture and Human Values*, Vol. 16, Issue 2, 1999, 213-224.

⁶² Dopo la Conferenza ONU su Ambiente e Sviluppo tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992, 178 governi di tutto il mondo, tra cui l'Italia, hanno adottato l'Agenda 21, un documento di intenti per la promozione di uno sviluppo sostenibile che tenendo conto degli aspetti sociali, ambientali ed economici può cogliere anticipatamente eventuali elementi di incompatibilità esistenti tra le attività socio-economiche e le politiche di protezione e salvaguardia dell'ambiente.

⁶³ Gli esempi più significativi sono quelli di città come Milano, estremamente attiva in progetti e iniziative. Merita segnalare il progetto «*Food Smart Cities for Development*» nell'ambito del quale il Comune ha presentato al pubblico l'esperienza del *Milan Urban Food Policy Pact*, un accordo firmato a Milano durante EXPO 2015 da 46 città che oggi ne vede coinvolte 132 (italiane e straniere). Il patto, sviluppato attraverso una serie di incontri e collaborazioni, consiste in 37 azioni che le città firmatarie si assumono di portare avanti al fine di ottenere uno sviluppo urbano che favorisca una sostenibilità alimentare attraverso la collaborazione tra municipalità di tutto il mondo che sono invitate a scambiarsi buone pratiche e a coinvolgere più attori possibili, dal privato al mondo della ricerca. Tra le iniziative portate avanti nel capoluogo lombardo, ricordiamo la campagna «Io Non Spreco» condotta da Milano Ristorazione, Legambiente, il Distretto Agricolo Milanese e il Comune di Milano. Rimanendo in area milanese, Andrea Magarini di Està – Economia e Sostenibilità, ha presentato il progetto «*Food and the Cities*» che spiega come una *food policy* sia il risultato di una determinata infrastruttura urbana che deve facilitare «l'integrazione di temi e strumenti, promuovere processi multi-attoriali, facilitare l'assunzione di corresponsabilità da parte di questi attori e tendere a dotarsi di meccanismi di verifica degli effetti delle azioni in rapporto alla visione iniziale». Un'altra città molto attiva è quella di Torino, la cui amministrazione da anni sta lavorando per promuovere il diritto al cibo attraverso una serie di iniziative coerenti con il Patto di Milano. Le iniziative riguardano la promozione di orti urbani per garantire il cibo ai cittadini più vulnerabili, aumentare lo spazio dedicato nei mercati dedicati ai produttori locali (*farmer markets*), attività di educazione alimentare nelle scuole, aumento delle mense benefiche (mense a cui il comune non fornisce aiuti finanziari ma alimentari) e il recupero di edifici utilizzabili per creare un'infrastruttura agricola urbana. Per un approfondimento si veda, tra gli altri, E. DANSERO, E. DI BELLA, C. PEANO, A. TOLDO, *Nutrire Torino Metropolitana: verso una politica alimentare locale*, in *Agiregionieuropa*, anno 12, n° 44, 2016.

le caratteristiche delle aree agricole sono solo alcuni degli esempi di politiche ordinarie che caratterizzano l'azione settoriale di quasi tutti gli enti locali.

L'analisi comparativa delle *food policies* sviluppate e implementate in contesti urbani (e anche giuridici) diversi può consentire di individuarne gli elementi più innovativi ed efficaci e, al tempo stesso, indicare soluzioni convincenti di fronte alle lacune e alle difficoltà attuative che queste politiche e pratiche incontrano nell'esperienza italiana⁶⁴. Tra i modelli più significativi e che necessitano di essere studiati ed esportati in altri contesti urbani c'è sicuramente l'esperienza di Milano che, con l'approvazione della sua *Urban Food Policy Pact*⁶⁵, si sta dimostrando capace di costruire una vera e propria strategia generale nella quale il cibo viene utilizzato come punto di vista per analizzare, valutare e indirizzare i regolamenti in materia di cibo e la sostenibilità complessiva della città⁶⁶. In questo senso, il caso di Milano è sia l'unico in Italia che ha definito una strategia sul cibo come tema urbano, sia uno dei pochi casi esistenti a livello internazionale che identifica il cibo come elemento chiave per contribuire ad aumentare la sostenibilità complessiva della città e la sua resilienza rispetto a pressioni di carattere sociale ed economico sulle componenti dell'ecosistema.

Davanti a un quadro costituzionale e legislativo che fornisce strumenti importanti per l'accesso al cibo e la sicurezza alimentare (si pensi alla recente approvazione della legge n. 166/2016 sul recupero delle eccedenze alimentari per fini di solidarietà sociale⁶⁷) diviene indispensabile delineare politiche urbane del

⁶⁴ Si pensi alle esperienze di Torino, Milano, Bologna, tutte impegnate nell'implementazione di proprie *food policies*. Si veda, per esempio, M. BOTTIGLIERI, G. PETTENATI, A. TOLDO (a cura di), *Toward a Turin Food Policy. Good practices and visions*, Torino 2016.

⁶⁵ Per maggiori informazioni si veda il sito ufficiale del Patto: <http://www.milanurbanfoodpolicy.org> (ultimo accesso: 23 gennaio 2018).

⁶⁶ La definizione del *Milan Urban Food Policy Pact*, un documento che il Comune di Milano ha firmato allo scopo di promuovere una *Food Policy* che renda la città protagonista di una modalità innovativa per regolare in maniera più equa e sostenibile il metabolismo urbano, pone al centro dell'attenzione le tematiche legate al cibo e esprime l'intenzione di mettere a sistema le proprie politiche che incrociano i temi del cibo, della sostenibilità alimentare e anche della lotta agli sprechi. All'interno di questo quadro, a scopo esemplificativo si possono segnalare: «*Milano a 0 Sprechi*», in cui l'idea è quella di creare una sorta di microdistretti del recupero e della redistribuzione tra imprese e associazioni che operano nella stessa area (con tanto di Bollino ZeroSprechi per le aziende più virtuose); altra azione rilevante in questo campo è la raccolta e redistribuzione in loco dell'invenduto dei mercati rionali insieme alla raccolta differenziata dell'organico non più commestibile; a ciò si aggiungono le *practices* portate avanti dalle associazioni e organizzazioni di volontariato e dalle imprese. In particolare, Banco Alimentare, il progetto Siticibo, con lo scopo di recuperare cibo cotto non servito e fresco dalla ristorazione collettiva e dalla GDO, ReCup e WhyZ per il recupero nei mercati scoperti, Milano Ristorazione con l'iniziativa «Io non spreco»; i progetti della Coop «Buon Fine» e «Brutti ma Buoni» che promuovono il recupero dei prodotti alimentari che, pur mantenendo inalterate le proprie caratteristiche nutrizionali e igieniche, per motivi vari non possono più essere posti in vendita.

⁶⁷ La legge n. 166/2016, cd. Legge Gadda, «Disposizioni concernenti la donazione e la distribuzione di prodotti alimentari e farmaceutici a fini di solidarietà sociale e per la limitazione degli sprechi». Estende le medesime norme prima indirizzate alle sole O.N.L.U.S. anche agli enti pubblici

cibo che diano loro concreta attuazione. Ciò soprattutto deve avvenire a livello locale coinvolgendo anche gli altri attori sociali che, con le loro decisioni e attività, impattano sul metabolismo urbano: si pensi alla progettazione di *smart cities*, alla facilitazione nell'accesso ai servizi e alle informazioni, alla responsabilità sociale di impresa, all'attivismo delle associazioni no-profit, al ruolo della ricerca ed anche alla sensibilizzazione dei singoli cittadini. Lo sviluppo, in un'ottica collaborativa e responsabilizzante di tutti gli attori pubblici e privati, di politiche e strategie locali per facilitare l'accesso al cibo, per ridurre gli sprechi, per incentivare la donazione alimentare e per favorire la sostenibilità consentirebbe a tutte le città di porsi nella posizione migliore per: (1) attuare il quadro normativo di riferimento (dal livello internazionale al livello nazionale); (2) coordinarsi con il mondo delle imprese, dell'associazionismo e dei cittadini per sensibilizzare alla cultura della solidarietà e dell'etica ambientale; e (3) promuovere politiche urbane adeguate che risolvano le difficoltà e gli ostacoli finora riscontrati in questi settori e per implementare nuove forme di collaborazione multi-attore e multi-livello allo scopo di raggiungere più alti standard di sicurezza alimentare, di sostenibilità ambientale e di responsabilità sociale.

4.1. Sussidiarietà orizzontale, responsabilità sociale di impresa e politiche alimentari urbane. – Quello che l'approccio qui descritto propone è dunque un radicale cambiamento del rapporto fra Stato e società: non più uno Stato accentratore di funzioni che impone il proprio intervento agli individui, quanto una società viva e libera, in cui le persone, nelle diverse forme di aggregazione, contribuiscono alla realizzazione del bene comune non attraverso il conflitto, bensì attraverso la sintesi degli interessi individuali. Si tratta di una logica radicata in una visione positiva della persona, come essere razionale e relazionale, capace, per sua natura, di compiere scelte libere e responsabili e di partecipare alla definizione e alla produzione del benessere collettivo⁶⁸. Lo Stato assume dunque, in questo contesto, due compiti principali: in senso negativo, esso deve

e a tutti gli enti privati costituiti per il perseguimento, senza fini di lucro, di finalità civiche e solidaristiche, che promuovono e realizzano attività di interesse generale. La legge, inoltre, sviluppa l'esperienza precedente ampliandola anche dal punto di vista oggettivo facilitando la donazione degli alimenti (e ora anche dei farmaci) e la loro redistribuzione alle persone bisognose. In un'ottica collaborativa pubblica, privata e no-profit, la legge insiste molto sul ruolo dei comuni, assegnando loro un ruolo potenzialmente molto incisivo nella lotta allo spreco alimentare. Ciò accade in particolare quando, all'art. 17, consente al comune di disporre del potente incentivo della riduzione della TARI per imprese, mense, ristoranti, supermercati e altri esercizi commerciali, prevedendo che l'ente possa applicare alle utenze non domestiche un coefficiente di riduzione della tariffa sui rifiuti proporzionale alla quantità, debitamente certificata, dei beni e dei prodotti ritirati dalla vendita e oggetto di donazione.

⁶⁸ Come recentemente sostenuto da A. RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come sistema (notazioni di metodo)*, in *Consulta OnLine*, 15 giugno 2015, Fasc. II, 541, «si dà, pur tuttavia, una soglia invalicabile, al di sotto della quale cioè non è possibile scendere, altrimenti smarrendosi l'umanità stessa della persona, la sua essenza, la dignità».

garantire la libertà degli individui e dei corpi sociali limitando la propria azione a quegli ambiti per i quali è richiesto l'intervento di un'autorità superiore; in senso positivo, svolgendo un ruolo di garanzia del bene comune attraverso il sostegno della libera iniziativa e l'intervento nelle situazioni di bisogno che non trovano risposta ai livelli inferiori o nella società civile.

A livello di implementazione, il principio è declinato in termini di «sussidiarietà verticale» e di «sussidiarietà orizzontale». La prima identifica una modalità di *governance* che privilegia, nella gestione delle politiche, il livello di governo più prossimo all'area d'intervento in cui si mira ad agire; la seconda comporta invece, sulla base della stessa logica di alleggerimento del ruolo dello Stato centrale, un coinvolgimento diretto degli attori privati nella gestione dei servizi pubblici, laddove il loro intervento permetta un'azione «di prossimità» più vicina al bisogno⁶⁹. Fra gli attori privati che sono chiamati a contribuire alla creazione del bene comune attraverso la loro partecipazione alle politiche di accesso al cibo, di sostenibilità e di solidarietà, un ruolo primario è attribuito a quelle realtà che fanno capo al vasto mondo del Terzo settore. Tali iniziative incarnano, infatti, nel modo più pieno l'essenza del principio di sussidiarietà: la convinzione che solo attraverso la mobilitazione libera e diretta delle persone si possa giungere al soddisfacimento dei bisogni e ad un vero benessere collettivo⁷⁰. È dunque dall'azione di questi soggetti che, in una logica di sussidiarietà orizzontale, discenderà un grosso impegno nell'erogazione dei servizi sociali e di pubblica utilità, da cui anche il mercato rifugge in presenza di scarse prospettive di profitto.

In questo quadro, tuttavia, a giocare un ruolo centrale non possono essere soltanto le associazioni no-profit e i cittadini, ma occorre la partecipazione anche del mondo delle imprese. Nell'incrocio tra esigenze economiche e tutela dei diritti umani, tra cui vi rientrano il diritto all'ambiente salubre, il diritto al cibo sano e dunque il diritto alla salute, si inserisce infatti il tema della responsabilità sociale di impresa (RSI)⁷¹. Ancora oggi non esiste una definizione univoca per chiarire e delimitare l'estensione di tale forma di responsabilità. Ed invero, mentre ad esempio risulta chiaro per il giurista la concezione di responsabilità civile, quale «reazione dell'ordinamento dinanzi la lesione di un interesse tutelato, e più precisamente quando la legge pone a carico di una persona l'obbligo di risarcire il danno da questa cagionato ad altri, in conseguenza della lesione dell'al-

⁶⁹ Cfr., tra gli altri, C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2011.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Cfr., tra i molti, F. COMPAGNONI, *Diritti umani e responsabilità sociale d'impresa. Fondamenti e problemi aperti*, in, H. ALFORD, F. COMPAGNONI (a cura di), *Fondare la responsabilità sociale d'impresa*, Roma 2008; D. MONCIARDINI, *Percorsi di responsabilità sociale*, in *Sociologia del diritto*, n. 2, 2009; S. ZAMAGNI, *L'ancoraggio etico della responsabilità sociale d'impresa e la critica alla RSI*, working paper AICCON, n. 1, 2004.

trui diritto o situazione giuridicamente rilevante»⁷², più complesso risulta fornire una definizione o comprendere il concetto di responsabilità sociale. Lo sguardo cade, *prima facie*, su tutti quei soggetti che, sebbene estranei ai processi decisionali economici interni all'impresa, ugualmente entrano in contatto con questa o ne subiscono indirettamente il comportamento. Tale riferimento dunque si esplicita nella convinzione, sempre più diffusa, che le aziende debbano prestare la giusta attenzione ad un ampio ventaglio di portatori di interessi (*stakeholders*) quali lavoratori, consumatori, ambiente, comunità, poiché il loro benessere dipende, direttamente o indirettamente, dall'attività caratteristica dell'impresa.

Oggi, soprattutto a livello europeo, il discorso volto ad elevare la responsabilità sociale di impresa a modello effettivo di gestione ed organizzazione dell'impresa e delle sue attività, coniugando la competitività imprenditoriale a lungo termine con la soddisfazione degli interessi degli *stakeholders* e delle esigenze di tutela dei diritti umani e di sostenibilità ambientale, è tra i più interessanti. La problematica si inquadra nel tema più ampio del rapporto tra etica e mercato e della diffusione di forme di sviluppo sostenibile: l'assenza di regole nei mercati globali, la recente crisi economica e i notevoli fallimenti del mercato hanno contribuito ad ingenerare una crescente sfiducia dei portatori di interessi nei confronti degli *shareholders* ed un conseguente aumento della domanda per uno sviluppo economico su scala globale trasparente, equo e rispettoso dei diritti umani, sociali e ambientali. Pertanto è stato evidenziato che gli obiettivi della RSI possono essere perseguiti non solo attraverso fonti autoregolamentari, ma anche con fonti normative, nazionali e/o locali, a carattere incentivante e promozionale poiché trattasi di strumenti tra loro complementari.

Anche in Italia, il tema della responsabilità sociale di impresa ha avuto una forte eco, tanto che la diffusione dei codici d'impresa è capillare in particolare in aziende di medio-grandi dimensioni le quali si autoregolano dotandosi di codici di comportamento, di carte valori, di carte servizi variamente denominate a seconda dell'ambito di applicazione e delle finalità perseguite. Un secondo strumento per mezzo del quale si oggettiva il modello di *corporate governance* secondo parametri etici, sociali e ambientali sono gli standard. Trattasi di norme finalizzate a creare dei parametri comuni ai quali gli *shareholders*, volontariamente, possono orientare l'esercizio dell'attività di impresa. Altro strumento importante per riconoscere l'impegno di un'impresa ad agire secondo principi etici sono le certificazioni e l'adesione ad iniziative internazionali attive su questo fronte. Ne deriva che attraverso gli standard il potere pubblico interviene nel mercato per indirizzarlo verso scelte socialmente responsabili, sensibilizzando sia gli *shareholders* che gli *stakeholders*. I primi, saranno influenzati ad adottare modelli gestionali o produttivi maggiormente attenti alle problematiche sociali e ambientali; i secondi, invece, potranno effettuare consapevolmente le proprie

⁷² L. CORSARO, voce *Responsabilità civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1991, 1 ss.

scelte commerciali optando per beni o servizi rispettosi dell'ambiente e dei diritti umani⁷³.

Eppure ancora troppo poco viene fatto in questa direzione: tutti i soggetti interessati hanno sottolineato l'importanza delle iniziative socialmente responsabili per la promozione dello sviluppo sostenibile, il fondamentale ruolo svolto dall'informazione e dall'educazione sia del *management* d'impresa che degli stessi consumatori, nonché l'importanza del dialogo e dello scambio di *best practices*⁷⁴. Hanno evidenziato inoltre come sia ancora debole il ruolo dei pubblici poteri e delle istituzioni nel sostenere ed incentivare le pratiche responsabili in ambito sociale ed ecologico; come sia ancora necessario che la società civile e le stesse imprese prendano più coscienza della loro fondamentale parte nella promozione dello sviluppo sostenibile⁷⁵. È evidente dunque l'importanza di politiche pubbliche che incidano sull'individuazione degli standard comuni, innalzandoli laddove occorra, per garantire la tutela dei diritti fondamentali, nonché l'implementazione di politiche che sostengano e promuovano i comportamenti socialmente responsabili intraprendendo *partnership* tra settore pubblico e privato che valorizzino al massimo tali pratiche e le diffondano sul territorio⁷⁶.

Pertanto, l'impresa che si impegna a rispettare modelli di produzione e distribuzione più equi e sostenibili, che si prodiga per ridurre gli sprechi e per donare i prodotti alimentari non commerciabili alle associazioni specializzate dovrà essere incentivata dall'Ente locale; l'associazione di volontariato che raccoglie tali prodotti alimentari e li distribuisce alle fasce di popolazione indigente dovrà essere facilitata nelle proprie attività dal patrocinio dell'Ente locale; il cittadino, infine, dovrà essere sensibilizzato a una cultura del cibo come diritto ed educato a ridurre i propri sprechi e a donare le eccedenze; a loro volta, imprese, associazioni e cittadini dovranno responsabilizzarsi per rendere efficaci tali politiche pubbliche e per amplificarne i risultati. Da questa collaborazione virtuosa ne beneficeranno tutti: l'Ente pubblico in termini di risparmio sullo smaltimento dei rifiuti e sulla riduzione della povertà alimentare e delle fasce indigenti a suo carico; le imprese che, oltre a migliorare la propria immagine a livello sociale, potranno godere di incentivi; le associazioni che potranno svolgere con maggior facilità e rapidità il proprio lavoro; e i cittadini che godranno di un ambiente

⁷³ Cfr., ancora, F. COMPAGNONI, *Diritti umani e responsabilità sociale d'impresa. Fondamenti e problemi aperti*, in H. ALFORD, F. COMPAGNONI (a cura di), *Fondare la responsabilità sociale d'impresa*, Roma 2008.

⁷⁴ Cfr., R. MARINARO, W. NANNI, T. VECCHIATO (a cura di), *Vite fragili. Rapporto su povertà ed esclusione sociale in Italia*, Milano 2006.

⁷⁵ Cfr., D. MONCIARDINI, *Percorsi di responsabilità sociale*, in *Sociologia del diritto*, n. 2, 2009.

⁷⁶ Per un approfondimento si veda R. LAGRAVINESE, N. CONIGLIO, *Responsabilità sociale in agricoltura: i bollini etici. Best practices per una società migliore*, studio realizzato nell'ambito del Progetto FEI – 2013 – Azione 10, «*Migrovillage: dal ghetto all'integrazione*», Bari 2013.

più salubre, di maggiori risorse a un costo inferiore e di una maggiore sicurezza alimentare.

Bibliografia essenziale

- Aa.Vv., *The State of Food Insecurity in the World*, FAO, Roma, 2015
- F. Alicino, *Diritto al cibo. Definizione normativa e giustiziabilità*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 3, 2016
- Z. Bauman, *Consuming Life*, trad. it. *Consumo, dunque sono*, Laterza, Roma-Bari, 2010
- A. Blay-Palmer, *Imagining sustainable food systems*, Ashgate Publishing, Aldershot, 2010
- M. Bottiglieri, *Le autonomie locali sono tenute ad attuare il diritto al cibo adeguato dei cittadini europei? Commento a risoluzione assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa n. 1957/2013 adottata il 3 ottobre 2013*, in «OPAL – Osservatorio per le Autonomie Locali», 4, pp. 60-77
- M. Bottiglieri, G. Pettenati, A. Toldo (a cura di), *Toward a Turin Food Policy. Good practices and visions*, Franco Angeli, Torino, 2016
- A. Calori – A. Magarini, *Food and the cities. Food policies for sustainable cities*, Edizioni Ambiente, Milano, 2015
- A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Editore LaTerza, Roma-Bari, 2005
- J. Clapp, *Financialization, Distance and Global Food Politics*, in *Journal of Peasant Studies*, 2014, pp. 1-18
- C. Colapietro, M. Ruotolo, *Diritti e libertà*, Giappichelli, Torino, 2014
- Commissione Europea – DG Ambiente Unità C1, *Food Waste in the EU: a study by the European Commission*, Workshop on Municipal Waste Prevention, Barcellona, 24 novembre 2011
- Commissione per l'Agricoltura e lo Sviluppo Rurale, Parlamento Europeo, *Evitare lo spreco di alimenti: strategie per migliorare l'efficienza della catena alimentare nell'UE*, 22 giugno 2011
- F. Compagnoni, *Diritti umani e responsabilità sociale d'impresa. Fondamenti e problemi aperti*, in, H. Alford, F. Compagnoni (a cura di), *Fondare la responsabilità sociale d'impresa*, Roma, Città Nuova, 2008
- C. Courtis, *The Right to Food as a Justiciable Right: Challenges and Strategies*, in «Max Planc UNYB», 2007, 11, pp. 317-337
- O. De Shutter, K. Y. Cordes (a cura di), *Accounting for Hunger, The Right to Food in the Era of Globalisation*, Hart Publishing, Oxford, 2011
- FAO, *Guide on legislating for the right to food*, Roma, FAO 2009 (su www.fao.org)
- FAO, L. Knuth – M. Vidar (A cura di), *Constitutional and Legal Protection of the Right to Food around the World*, Roma, 2011 (su www.fao.org)
- FAO, *Toolkit: Reducing the food wastage footprint*, in www.fao.org/publications, 2013
- M. Fasciglione, *La tutela del diritto all'alimentazione in situazioni di crisi economico-finanziaria: alcune riflessioni*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 2014, 2, pp. 429-450
- L. Ferrajoli, *Sull'acqua come bene vitale*, relazione tenuta a Roma, 22 marzo 2014, disponibile su www.contrattoacqua.it
- L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013

- L. Ferrajoli, *Per una Carta dei beni fondamentali*, in T. Mazzarese – P. Parolari (a cura di), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 65-98
- L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007
- L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001
- M. Ferretto, *Lo spreco di cibo: una scelta non sostenibile*, in Consumatori, diritti e mercato, 2010
- M. Fiorillo – S. Silverio, *Cibo, cultura e diritto*, Mucchi editore, Modena, 2017
- C. Golay, *The right to food and the access to justice*, Roma, FAO, 2009
- Great Britain, Parliament, House of Commons, Energy and Climate Change Committee, *Counting the Cost of Food Waste: EU Food Waste Prevention*, Londra, 2014
- E. Guberti, *Gli aspetti igienico-sanitari nella donazione del cibo*, in *Ecoscienza*, n.5/2014, http://bit.ly/guberti_ecoscienza_n5
- A. Gusmai, *Il diritto fondamentale al cibo adeguato tra illusioni e realtà*, in G. Cerrina Feroni – T.E. Frosini – L. Mezzetti – P.L. Petrillo (a cura di), *Ambiente, Energia, Alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, Cesifin, vol. I, tomo II, 2016
- J. Gustavsson, *Global food losses and food waste. Extent, causes and prevention*, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Roma, 2011
- F. Kaufman, *Bet the Farm. How Food Stopped Being Food*, John Wiley & Sons, Hoboken (NJ), 2012
- L. Knuth, M. Vidar, *Constitutional and Legal Protection of the Right to Food around the World*, Roma, FAO, 2011
- HLPE, *Food losses and waste in the context of sustainable food systems. A report by the High Level Panel of Experts on Food Security and Nutrition of the Committee on World Food Security*, Roma, 2014
- M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2003
- J. Luther, *Le scienze e le norme dell'alimentazione di un'umanità in crescita*, in P. Macchia (a cura di), *La persona e l'alimentazione. Profili clinici, giuridici, culturali ed etico-religiosi*, Aracne Editore, Roma, 2014
- R. Marinaro, W. Nanni, T. Vecchiato (a cura di), *Vite fragili. Rapporto su povertà ed esclusione sociale in Italia*, Il Mulino, Milano, 2006
- M.J. McDermott, *Constituzionalizing an enforceable right to food: a new tool for combating hunger*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, Volume 35, Issue 2, 2012
- D. Monciardini, *Percorsi di responsabilità sociale*, in *Sociologia del diritto*, n. 2, 2009
- M. Montanari, *La fame e l'abbondanza. Storia dell'alimentazione in Europa*, Laterza, Roma-Bari, 1994
- R. Neff (a cura di), *Introduction to the US Food System: Public Health, Environment, and Equity*, John Wiley & Sons Ed., New York, 2014
- C. O'Connor, M. Gheoldus, J. Olivier, *Comparative Study on EU Member States' legislation and practices on food donation*, Final Report, 2014, in http://bit.ly/EESC_Food_donation
- R.L. Paarlberg, *Governance and Food Security in an Age of Globalization*, Washington DC, International Food Policy Research Institute, Discussion Papers, 2002
- C. Panzera, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, in www.forumcostituzionale.it, 2011

- R.C. Patel, *Stuffed and Starved: Markets, Power and the Hidden Battle for the World Food System*, Melville House, New York, 2008
- F. Pizzolato, *La "social card" all'esame della Corte costituzionale*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 2, 2010
- F. Pizzolato, *Diritto al cibo: politiche, non riforme costituzionali*, in *Nutrire il pianeta: per un paradigma di sviluppo inclusivo e sostenibile*, 2015, 1, pp. 40 ss.
- S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012
- S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Il Mulino, Bologna, 2013
- S. Rodotà, *Il diritto al cibo*, in Corsivi (e-book), 2014
- A. Ruggeri, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come sistema (notazioni di metodo)*, in *Consulta OnLine*, 15 giugno 2015, Fasc. II
- V. Shiva, *Who really feeds the planet?*, trad. it. *Chi nutrirà il mondo? Manifesto per il cibo del terzo millennio*, Feltrinelli, Milano, 2015
- H. Shue, *Basic Rights. Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy, II ed.*, Princeton (NY), Princeton University Press, 1996
- N. Urbinati, *Liberi e eguali*, Laterza, Roma-Bari, 2011
- M. Vander Stichele, *How Financialization Influences the Dynamics of the Food Supply Chain*, in *Canadian Food Studies / La Revue canadienne des études sur l'alimentation*, 2, 2015, pp. 258-266
- J. Vivero Pol, *Food is a Public Good*, in *World Nutrition*, n. 6, 2015, disponibile online su https://www.academia.edu/11733398/Food_is_a_public_good
- G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Leggi, diritti e giustizia*, Einaudi, Milano, 1992
- S. Zamagni, *L'ancoraggio etico della responsabilità sociale d'impresa e la critica alla RSI*, working paper AICCON, n. 1, 2004
- J. Ziegler, *Dalla parte dei deboli. Il diritto all'alimentazione*, Tropea, Milano, 2004
- D. Zolo, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2005.

ATTUALITÀ

Note sull'amministrazione di risultato nella pianificazione strategica regionale delle risorse economiche: organi di valutazione e buon andamento

Giovanni Guzzardo

SOMMARIO: 1. Pianificazione strategica e amministrazione di risultato: profili introduttivi. – 2. Nuove forme di valutazione *ex ante* e “strategia” del risultato nella programmazione regionale: l’incidenza del diritto comunitario. – 3. Il risultato tra buon andamento e principio di legalità. – 4. L’amministrazione di risultato quale clausola generale nella programmazione e nei controlli *ex ante*. – 5. Buon andamento e valutazione dell’efficacia e dell’efficienza dell’attività di programmazione della p.A.: rilievi conclusivi.

1. Pianificazione strategica e amministrazione di risultato: profili introduttivi.

– Le riforme amministrative degli anni recenti sembrano prospettare un nuovo orizzonte sistematico e di studio non solo sul versante del procedimento amministrativo¹: in tal senso, si sottolinea che i radicali cambiamenti intervenuti in ordine all’attività amministrativa, e ancor prima, alla conformazione dell’Ammini-

¹ Come è noto le teoriche sviluppatasi intorno al costante processo riformatore del procedimento amministrativo si incentrano sull’idea di funzione pubblica che valorizza l’art. 41 Cost. e travalica la tradizionale impostazione del rapporto autorità-libertà e dell’atteggiarsi del ruolo del cittadino rispetto ai pubblici poteri. Giova ricordare che i termini del conflitto sono stati sempre enunciati dalla dottrina amministrativistica antepoendo l’autorità alla libertà. Risolve l’endiadi – con la densità di significati che essa comporta – anzitutto invertendo l’ordine dei termini V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell’ordinamento amministrativo*, Milano 1991, 10 ss. Più di recente l’A. (*Uffici ed impiegati pubblici dallo Statuto albertino alla Costituzione nei centocinquanta’anni di Unità d’Italia (veduta di scorcio)*), in *www.GiustAmm.it*, 2011, 12, partendo dalla prospettiva dell’organizzazione dei pubblici uffici, tratteggia l’evoluzione del rapporto tra libertà ed autorità in Italia, nel passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale.

Il rapporto tra libertà e autorità nelle sue interrelazioni con il principio di ragionevolezza dell’agire della pubblica Amministrazione è affrontato da F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli 2011, 35-37 ss. L’evoluzione del rapporto tra i due termini del binomio nella dottrina italiana – con particolare riguardo all’influenza ed allo sviluppo del pensiero di M.S. Giannini – è ricostruita da B.G. MATTARELLA, *Il rapporto tra autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 909 ss. L’Autore, nel tracciare le linee ricostruttive del diritto amministrativo europeo, osserva che «il rapporto libertà-autorità non possa più esser considerato un tema centrale nel diritto amministrativo del XXI secolo, anche perché il rapporto bilaterale Stato-privato di cui quel rapporto è una proiezione e l’atto amministrativo il punto di massima tensione è messo in crisi dalla moltiplicazione dei soggetti non soltanto sul lato della libertà, cioè dei privati,

strazione alle variabili dell'economia e del mercato², imporrebbero che l'azione dei soggetti pubblici venga valutata previamente, anche sul fronte degli impegni finanziari – prefigurati nell'ambito di una programmazione³ definita strategica⁴ – in ordine ai *futuribili* risultati sociali ed economici⁵ dalla stessa determinati.

Una sorta di obiettivi da raggiungere, verificabili attraverso modelli aziendalistici – di matrice anglosassone – costellati da meccanismi e parametri riconducibili alla metodologia dell'analisi *ex ante* costi-benefici⁶ e della *performance*⁷ dell'intervento programmato, sì vincolanti la discrezionalità amministrativa⁸ da

ma anche su quello della autorità, cioè delle amministrazioni. Le interazioni tra amministrazioni nazionali, comunitarie e globali mostrano la frammentazione soggettiva del momento dell'autorità».

² Sul tema, con riferimento ai parametri dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa e del più generale principio di buon andamento, di recente, i contributi di G. CORSO, A. MASSERA, M.R. SPASIANO, G. DELLA CANANEA, D-U. GALETTA, E. ZAMPETTI, M. GOLA, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, II ed., 2017, 15 ss.; F. DE LEONARDIS, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Torino 2016, IV, 40 e ss.

³ Così già le preziose riflessioni di R. FERRARA, *La programmazione negoziata tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 1999, 432 ss. L'A. evidenzia la “dequotazione” della funzione amministrativa autoritativa e, ad un tempo, la crisi del concetto tradizionale di programmazione. Più di recente l'espressione “dequotazione”, con riferimento all'interesse pubblico insito nella tecnica della procedimentalizzazione dell'azione amministrativa, è ripresa da M. D'ORSOGNA, *Pianificazione e programmazione* (voce), in AA.VV., *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano 2006, V, 4298 ss. Cfr., altresì, A. ANGIULI, *Piano paesaggistico e piani ad incidenza territoriale. Un profilo ricostruttivo*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 291 ss., sulla crisi della programmazione/pianificazione dell'uso e della tutela del territorio.

⁴ Sulla pianificazione strategica cfr. M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della pubblica Amministrazione*, Torino 2001; G. IACOVONE, *Lineamenti della pianificazione strategica*, Bari 2010; F. CANGELLI, *Piani strategici e piani urbanistici. Metodi di governo del territorio a confronto*, Torino 2012.

⁵ È nella verifica dell'efficacia dell'azione amministrativa verso il risultato dello sviluppo economico-sociale «di cui sia partecipe (...) tutta la molteplicità dei componenti che può cogliersi l'effettiva attuazione del principio del buon andamento». Così V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Introduzione al buon andamento della pubblica Amministrazione*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, I, Napoli 2002, 113 ss.

⁶ M. S. GIANNINI, *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano 1983, 991, nel senso che la nozione stessa di pianificazione richiamerebbe l'elemento delle risorse quale assunto che giustifica la predeterminazione degli obiettivi e la scelta preventiva degli ambiti di azione.

⁷ Le norme in materia di *performance* dell'azione amministrativa traggono origine dalla riforma del pubblico impiego. Il tema è centrale nelle riflessioni di S. BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la “riforma Brunetta”: verso un equilibrio tra distinzione e fiducia*, 2010, 39 ss.; ID., *Il principio di separazione tra politica e amministrazione in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 39 ss.; ID., *Le norme sul personale*, in AA.VV., *La riforma della pubblica Amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 645 ss. Cfr., altresì, F. PATRONI GRIFFI, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e Amministrazione nel dettato della Costituzione e nelle più recenti pronunce del giudice amministrativo*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, 273 ss.

Deve avvertirsi, tuttavia, che la nozione di *performance* cui accede questo contributo non è riconducibile al concetto di produttività – alla stregua di una traduzione meramente letterale – ma deve essere intesa, ove riferita alla funzione amministrativa, quale “risultato”, come si dirà nel prosieguo, strettamente correlato a sua volta all'efficienza, efficacia ed economicità che compendiano il più generale principio sancito dall'art. 97 Cost.

⁸ Sul ruolo emergente della tecnica applicata alle scelte discrezionali, cfr. già A. ANGIULI, *Lineamenti vecchi e nuovi della discrezionalità*, Milano 1992.

poter integrare nuove e più estese accezioni di illegittimità, ove i risultati attesi non siano raggiunti o vengano raggiunti con costi eccessivi⁹.

In siffatta prospettiva, l'amministrazione cd. "contemporanea", anche nell'esercizio dei poteri programmatori¹⁰, assumerebbe i caratteri di "parte" del mercato per certi aspetti assimilabili al comune operatore economico, intervenendo *sul* e *nel* mercato; in un contesto concettuale ed operativo nel quale apparirebbero scontate sia la configurabilità del risultato in termini economici classici sia la correlata «possibilità, almeno dal punto di vista della reciproca compatibilità tecnica di fenomeno interpretativo e categoria di riferimento (...)»¹¹ di valutare l'efficacia dell'azione e, ancor prima, dell'organizzazione.

Del resto, il metodo della prospettazione del risultato, in via previsionale, è già da tempo indagato dalla scienza giuridica, proprio con riferimento alle scelte di finanza pubblica¹².

Trovarebbe così attuazione concreta, anche nelle fasi della programmazione economica, il profilo di efficienza dell'attività amministrativa¹³ che vede la realizzazione degli interessi pubblici secondo regole di c.d. buona amministrazione¹⁴, in coerenza con l'orientamento del diritto comunitario¹⁵ che spinge verso l'ela-

⁹ In tal senso F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'amministrazione di mercato*, in *Dir. amm.*, 2002, 527 ss.

¹⁰ È nota la distinzione tra atti di imperio e atti di gestione formulata e sviluppata nel diciannovesimo secolo «anzitutto per sottolineare la separazione delle funzioni politiche "il cui adempimento è fine essenziale dello Stato, da quelle di natura giuridico-privata "cui lo Stato provvede in vista di scopi meramente accidentali, (...) oppure per fini della sua gestione patrimoniale", risolvendosi l'attività dello Stato nel primo caso in attività sovrana, nel secondo in un'attività di gestione patrimoniale, posta in essere dalla "maggiore delle persone morali" che propriamente agisce "come un gestore di interessi di ragione privata"», come ricorda, nella parte ricostruttiva, M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sull'autoritarità nella funzione amministrativa*, Milano 2005, 15-16, richiamando il non recente ma fondamentale contributo di U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino 1901, ora in *Studi di diritto pubblico*, I, Padova 1976.

¹¹ A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»*, in AA.Vv., *Analisi economica e diritto amministrativo*, Annuario AIPDA, Milano 2007, 70.

¹² V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Scelte di finanza pubblica e risultati*, in AA.Vv., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, a cura di M. IMMORDINO, A. POLICE, Torino 2004, 208.

¹³ Sul canone dell'efficienza nel suo rapporto con il principio di buon andamento le dense riflessioni di M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, in AA.Vv., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. CONTIERI, F. FRANCARIO, A. ZITO, II, Napoli 2010, 57 ss.

¹⁴ Il concetto di buona amministrazione, nella sua estrema complessità e articolazione, è approdato all'identificazione con il principio di buon andamento che, a sua volta, «pur coinvolgendo necessariamente le categorie tradizionali della legittimità e del merito (e i connessi strumenti di controllo e di tutela) tende inevitabilmente a trascenderli» (F. SALVIA, *La buona amministrazione e i suoi limiti*, in *Dir. soc.*, 2004, 552).

¹⁵ F. MERUSI, *La pubblica Amministrazione italiana e l'ordinamento europeo: bilanci e prospettive*, in AA.Vv., *Ordinamento europeo e pubblica Amministrazione*, a cura di G. SCIULLO, Bologna 2009, 257 ss., rileva, da par suo, una progressiva integrazione della legalità amministrativa sostanziale europea con la legalità amministrativa vigente nei singoli paesi aderenti all'Unione europea, in ragione della costruzione di un unico ordinamento federale.

borazione di uno “statuto unico” dell’Amministrazione¹⁶ che connoti la relativa funzione, attraverso una rappresentazione della stessa includente tecniche e modelli giuridici preordinati a realizzare politiche, perseguire finalità, raggiungere obiettivi, soddisfare bisogni ed a verificare – anche in via preventiva – gli effetti economico-giuridici da tali iniziative scaturenti.

La comprensione dello scenario, che si profila orientato al risultato, emerge con nitidezza già nelle disposizioni dettate dalla l. 24 dicembre 2007, n. 244 che innesta nell’armamentario tradizionale della programmazione finanziaria dello Stato “missioni” e “programmi” che ripartiscono le risorse finanziarie in rapporto alla previa ed esatta predeterminazione degli obiettivi strategici¹⁷.

La successiva l. 31 dicembre 2009, n. 196 affida – in via quasi esclusiva – alla pianificazione strategica il processo di definizione degli obiettivi e di gestione delle risorse economiche pubbliche. Ed alla medesima area concettuale, possono ascrivere le previsioni normative di cui al d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, adottato in forza della delega contenuta nell’art. 2 della l. 5 maggio 2009, n. 42, modificato ed integrato dal più recente d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126 e dalla l. 23 dicembre 2014, n. 190, che, nell’individuare il documento di pianificazione strategica delle Amministrazioni regionali quale parametro fondamentale di verifica degli obiettivi della programmazione¹⁸, prevede l’attivazione di un meccanismo continuo di controllo – *ex ante* ed *ex post* – dell’impiego efficace ed efficiente di risorse nell’ambito della spesa prevista e degli interventi realizzati.

Previsioni siffatte, pur ponendosi in linea di continuità con l’indirizzo del legislatore che aveva valorizzato i parametri dell’economicità e dell’efficacia, investono ora la concreta predeterminazione dell’obiettivo, quale presupposto dell’attendibile esercizio di un controllo preventivo del risultato.

2. *Nuove forme di valutazione ex ante e “strategia” del risultato nella programmazione regionale: l’incidenza del diritto comunitario.* – Invero gli indirizzi comunitari, sin dai Trattati di Maastricht e Amsterdam – e nei successivi atti regolamentari e di indirizzo –, riconducono la programmazione delle misure finanziarie da erogare a sostegno degli Stati membri, in una prevalente ottica del

¹⁶ M. SPASIANO, *La funzione amministrativa: dal tentativo di frammentazione dello statuto unico dell’Amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2004, 297 ss.

¹⁷ Cfr. già l’attività di valutazione e controllo strategico di cui all’art. 6 del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, inizialmente esercitata dal Servizio di controllo interno delle Amministrazioni successivamente sostituito da un organismo indipendente di valutazione della *performance* con la funzione di verificare l’effettiva attuazione «delle scelte contenute nelle direttive e negli atti di indirizzo politico, attraverso l’analisi – preventiva e successiva – della congruenza tra le missioni affidate dalle norme e gli obiettivi cui si connettono le relative scelte e le risorse finanziarie e umane» (G. IACOVONE, *Lineamenti della pianificazione strategica*, cit., 58-59).

¹⁸ Sulla politica economica regionale già S. CASSESE, *Le pianificazioni amministrative di settore e le Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 429 ss.

risultato, all'interno di una pianificazione preordinata alle regole della razionalità economica e dell'efficacia, così progressivamente orientando gli ordinamenti nazionali ad un inveramento del metodo "strategico" di allocazione delle risorse, innanzitutto nella direzione delle politiche di coesione regionale.

Infatti, come recitano il 54° "considerando" del Regolamento UE n. 1083 del 2006¹⁹ e le premesse al Quadro strategico comune per gli anni 2014-2020 l'efficacia della spesa appare strettamente correlata «*alla previsione, a livello della programmazione e della sorveglianza, di un sistema attendibile al fine di migliorare e correggere l'azione pubblica nell'impostazione strategica, negli strumenti di intervento e nelle modalità attuative; per rafforzare l'impegno dell'azione pubblica nel raggiungere gli obiettivi prefissati; per alimentare il dibattito pubblico e la c.d. discussione partenariale; per aumentare la consapevolezza degli attori e per restituire informazioni ai destinatari dell'azione pubblica*».

Or, proprio in forza di tali presupposti, il regolamento generale dei fondi strutturali ha disciplinato un sistema di valutazione *ex ante*, *in itinere* ed *ex post*, finalizzato a garantire la qualità dell'attuazione del programma operativo, fondato «*su indicatori finanziari e su indicatori di realizzazione del risultato, tenuto conto del principio di proporzionalità e avendo riguardo al miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza amministrativa, vera priorità per l'intero sistema dei fondi strutturali*»²⁰.

La proiezione della logica appena enunciata negli ordinamenti interni condiziona l'attività di programmazione delle Regioni, le quali sono chiamate a conformare i propri processi decisionali alle tecniche ascrivibili alla pianificazione strategica²¹, nell'ambito della quale devono emergere gli obiettivi del «sistema», e predeterminarsi gli strumenti e le azioni per il raggiungimento degli stessi, at-

¹⁹ Regolamento che ha ad oggetto disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione, che ha richiesto agli Stati membri, beneficiari degli aiuti ivi previsti, la predisposizione di un quadro strategico nazionale, quale riferimento per le politiche di sviluppo.

²⁰ L'attivazione di tali meccanismi di valutazione introduce un meccanismo di controllo che può condurre, attraverso una graduazione di misure cautelari e sanzionatorie, alla soppressione totale o parziale dei contributi comunitari ove gli Stati membri si siano resi responsabili di irregolarità nella gestione e nel controllo dei programmi operativi.

²¹ In termini meramente aziendalistici le nuove *frontiere* della pianificazione e del controllo strategici sono incentrate su di un Sistema nazionale di valutazione e orientamento per le Amministrazioni costituito dal *QCS Ob.1 2000-2006* per sostenere i processi valutativi relativi ai programmi cofinanziati con fondi comunitari, in particolare attraverso un'attività di «valutazione della valutazione», definita «valutazione di secondo livello o di seconda istanza», basata su un'attività consistente «nell'analisi preventiva e successiva della congruenza e/o degli eventuali scostamenti tra le missioni affidate dalle norme, gli obiettivi operativi prescelti, le scelte operative effettuate e le risorse umane, finanziarie e materiali assegnate, nonché nella identificazione degli eventuali fattori ostativi, delle eventuali responsabilità per la mancata o parziale attuazione, e dei possibili rimedi»; l'attività deve mirare a «verificare, in funzione dei poteri di indirizzo, l'effettiva attuazione delle scelte contenute nelle direttive ed altri atti di indirizzo politico», onde «valutare l'adeguatezza delle scelte compiute in sede di attuazione dei piani dei programmi ed altri strumenti di determinazione dell'indirizzo politico» (cfr. già il citato d.lgs. n. 286 del 1999). In questa ottica la valutazione preventiva consisterebbe,

traverso «un processo organizzativo necessario per definire una strategia o la direzione da prendere per assumere decisioni sulla allocazione delle risorse (...); al fine di determinare l'indirizzo strategico di un'organizzazione è necessario comprendere la sua attuale posizione e le probabili vie attraverso le quali è possibile perseguire particolari percorsi di azione»²², sulla scorta dei bisogni sociali ed economici di volta in volta emergenti: in sintesi, la determinazione *ex ante* delle esigenze ritenute più pressanti ed al contempo di più facile soddisfazione in base ad una valutazione cd. "costi-benefici", unitamente a tecniche di controllo – *in itinere* ed *ex post* – delle decisioni adottate.

Falliti i vari tentativi normativi, più o meno consapevolmente sperimentati, allo scopo di individuare concretamente un modello di valutazione e controllo fondato sulla *strategia* del risultato, quale «entità di diretta ed immediata rilevanza giuridica»²³ e degli strumenti in grado di agevolarne il doveroso dispiegarsi, la l. n. 144 del 17 maggio 1999 ha istituito i nuclei di valutazione e verifica degli investimenti pubblici: l'art. 1 dispone che le Amministrazioni centrali e regionali istituiscono propri nuclei di valutazione e verifica degli investimenti pubblici «al fine di migliorare e dare maggiore qualità ed efficienza al processo di programmazione delle politiche di sviluppo»²⁴. A tal fine siffatti organismi garantiscono «il supporto tecnico nelle fasi di programmazione, valutazione, attuazione e verifica di piani, di piani, programmi e politiche di intervento promossi e attuati da ogni singola Amministrazione», contribuendo al miglioramento dell'efficacia dell'azione amministrativa e alla «diffusione della cultura della valutazione della pubblica Amministrazione».

Ne risulta una netta funzionalizzazione di tali previsioni ad obiettivi di tutela efficace della spesa. Le funzioni svolte dai nuclei hanno ad oggetto, infatti, gli

per alcuni, in analisi *ex ante* ed il controllo strategico, nel suo insieme, servirebbe a ricalibrare gli indirizzi del vertice politico ed a (ri)alimentare il processo decisionale.

²² Quadro strategico comune 2014-2020.

²³ L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 11 ss.

²⁴ L'istituzione di nuclei preposti alla verifica degli investimenti pubblici si colloca nel quadro delle misure volte al potenziamento dell'efficienza, dell'efficacia e della qualità della spesa e dell'azione pubblica anche nel solco del modello comunitario delle politiche di sviluppo e di coesione (art. 1 l. n. 144 del 1999 e d.P.C.M. 21 dicembre 2012, n. 262). Queste ultime conferiscono particolare rilievo alle azioni di sorveglianza, controllo finanziario e valutazione degli investimenti pubblici rimesse agli Stati membri per assicurare la realizzazione degli impegni assunti. Ai nuclei la legge del 1999 aveva attribuito funzioni tecniche ad alto contenuto di specializzazione con particolare riferimento all'assistenza e al supporto tecnico per la programmazione, la formulazione e la valutazione di documenti di programma; per le analisi di opportunità e fattibilità degli investimenti pubblici; per la valutazione *ex ante* di progetti ed interventi che tenesse conto, specificatamente, della qualità ambientale e di sostenibilità dello sviluppo. Le attività svolte dai nuclei dovevano tendere alla graduale estensione delle tecniche proprie dei fondi strutturali all'insieme dei programmi e dei progetti attuati a livello territoriale, con riferimento alle fasi di programmazione, valutazione, monitoraggio e verifica. Sul tema cfr. E. MIDENA, *I nuclei di valutazione degli investimenti pubblici*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, 711 ss.

investimenti pubblici, attivati nel quadro dei processi di programmazione delle politiche di sviluppo secondo quanto previsto dalla normativa comunitaria, nazionale e regionale nell'ambito della complessiva attività di valutazione e della graduale estensione delle tecniche proprie dei fondi strutturali all'insieme dei programmi e progetti attuati a livello territoriale, con riferimento alle fasi di programmazione, valutazione, monitoraggio e verifica.

Più di recente, con la legge di riforma di contabilità dello Stato n. 196 del 2009 e con il decreto legislativo di attuazione (d.lgs. n. 228 del 2011), nell'ambito di misure volte a garantire la razionalizzazione, la trasparenza, l'efficienza e l'efficacia delle procedure di spesa relative ai finanziamenti in conto capitale destinati alla realizzazione delle opere pubbliche, sono state rafforzate le misure di valutazione *ex ante* ed *ex post* della programmazione e dei progetti di valutazione delle infrastrutture affidate ai nuclei di valutazione e verifica.

3. *Il risultato tra buon andamento e principio di legalità.* – Se dai termini astratti sino ad ora assunti si passi, nell'ambito della tracciata prospettiva di indagine, a ricercare addentellati alla dimensione giuridica della valutazione in funzione del risultato, dovrà darsi atto che la rappresentazione del risultato amministrativo non più meramente economica, ma giuridica – distinzione che, invece, in altra epoca aveva impegnato la dottrina nel tentativo di delimitare nettamente i rispettivi ambiti concettuali, di studiare le interrelazioni e le marcate differenziazioni con le manifestazioni sostanziali e formali della p.A. – è oggetto di rinnovate riflessioni²⁵.

Tuttavia, pur a fronte di impostazioni che affermano l'autonomia concettua-

²⁵ Osserva L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 5 ss., come il conseguimento del(i) risultato(i) sia divenuto «nel corso dell'ultimo quindicennio uno degli elementi caratterizzanti della nuova Amministrazione pubblica delineata dal legislatore (e ancor prima imposta dalle profonde e radicali trasformazioni politiche, sociali economiche ed istituzionali di fine millennio), in tutte le sue componenti e in tutte le sue forme di manifestazione, quale risposta alle istanze (in parte concorrenti) provenienti dai *mondi* del mercato (di un mercato sempre più globale e sempre più dominato dalle dinamiche finanziarie e tecnologiche) e dei diritti (soprattutto fondamentali e anch'essi, sempre più globali) nell'epoca della crisi del *Welfare State*, ma della persistenza del rilievo sociale delle esigenze di benessere; del tramonto del vecchio Stato politico e sovrano, ma della persistente necessità di stati e di politiche pubbliche (sviluppo, sicurezza, giustizia, ordine, sanità, salute, ambiente, assistenza, ecc.), non più realizzabili – anche per ragioni finanziarie – attraverso soggetti e strumenti solo pubblici.». L' A. richiama l'insegnamento di Antonio Amorth (*Il merito dell'atto amministrativo*, 1939, in Antonio Amorth, *Scritti giuridici*, Milano 1999, 370 ss.) che individuava «nel principio di opportunità una misura dell'azione rispetto al suo risultato» sottolineando «l'incidenza delle così dette regole di buona amministrazione non sulla scelta stessa dell'azione (...) dominata piuttosto dall'arte politica e dall'intuito, dall'avvedutezza del funzionario, bensì sul suo contenuto, nel senso della sua più appropriata adeguatezza al risultato»; nonché il contributo di Massimo Severo Giannini (*L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica dell'interpretazione*, in *Scritti*, Milano 2000, 246 ss.; Id., *Il potere discrezionale della pubblica Amministrazione. Concetto e problemi*, ivi). È stato rilevato del resto che, nella teoreca dell'organizzazione, l'attenzione al risultato non sarebbe elemento di riflessione recente per la

le della *figura juris* del risultato²⁶, una parte della dottrina ritiene che tale nozione, salvo che si assuma l'espressione come mera formula descrittiva, non abbia alcuna effettiva consistenza²⁷.

Ed anche ove si acceda all'idea di prefigurare la logica del risultato alla stregua della spettanza del bene della vita²⁸ i toni del dibattito non sembrano sopirsi, spostandosi l'attenzione verso un aspetto problematico differente: quello della potenziale frizione del principio di legalità con i criteri dell'efficienza e del risultato²⁹.

V'è, infatti, chi lamenta che la ricerca del risultato induca ad una ineludibile dequotazione del principio di legalità³⁰, quasi che l'azione amministrativa (nella

dottrina giuspubblicistica essendo il risultato implicito nell'idea stessa di amministrazione. Così G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova 1989.

²⁶ A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo*, cit., 233 ss. L'A. osserva come collegando il risultato al profilo dell'azione amministrativa si finisce per far ricadere la nozione nell'ambito «di categorie giuridiche già note, al cui interno, tutt'al più, essa porterebbe ad una accentuazione del valore dell'efficienza (la coppia merito-discrezionalità; la nozione di legalità "sostanziale")». Accedendo ad una classificazione del risultato «di tipo fenomenologico-effettuale, e si collega la nozione al complesso delle conseguenze "materiali" dell'azione amministrativa, allora il concetto possiede senza dubbio i caratteri dell'autonomia e della novità», sennonché «la sua collocazione nell'ambito delle categorie della scienza giuridica sembra andare incontro a quasi proibitive difficoltà pratiche, nella misura in cui attraverso di esso si finisce per alludere ad un compendio fenomenico non soltanto vasto e indeterminato, ma che soprattutto, essendo collocato in gran parte nel futuro, è contrassegnato da una intrinseca e strutturale incertezza, tale da precluderne la concreta utilizzabilità ai fini di una qualificazione giuridica dell'azione, che deve esser compiuta al momento stesso in cui l'azione stessa si realizza». L'A. suggerisce, dunque, di ricostruire la nozione di risultato «in modo tale che essa, pur alludendo a conseguenze dell'azione amministrativa non riportabili ai meri effetti giuridici di questa, contempli tuttavia esclusivamente prodotti contestuali e coevi dell'azione medesima: in altre parole, il "risultato" può costruirsi come categoria della scienza giuridica ad un tempo autonoma e operativamente praticabile, se esso si traduce in una nuova prospettiva di inquadramento e valutazione dell'azione cui si riferisce».

²⁷ S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941 paventa il rischio che la prospettiva del risultato sacrifichi il piano della legalità e conclude «sarà bene, dunque, per il futuro, stare attenti alle formule: possono incantare, ma anche portare sulla strada sbagliata». In tal senso anche M.P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2005, 27 ss.

²⁸ A. ROMANO TASSONE, *Danno risarcibile e situazioni giuridiche soggettive. Le radici di un problema*, relazione al Convegno nazionale di studi sul tema *Responsabilità da atti e comportamenti della pubblica Amministrazione*, Bari 25-26 gennaio 2002.

²⁹ M.A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 211.

Nella prospettazione di F.G. SCOCA, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, VI, Agg. Milano 2002, 76 ss., la valutazione del risultato non confliggerebbe «con la valutazione di legittimità: si tratta di due modi distinti e concorrenti, anzi in qualche modo intrecciati, di valutazione dell'attività amministrativa».

³⁰ Nel senso che le esigenze di celerità ed efficienza non possono essere poste sullo spesso piano del principio di legalità, esprimendo le prime un elemento di matrice economica mentre il secondo atterrebbe ad un valore sociale condiviso F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'Amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3307.

Il tema è strettamente connesso al passaggio dalla legalità formale alla legalità sostanziale,

specie di programmazione) debba incentrarsi, in via esclusiva, sull'efficacia e sull'efficienza, anche a scapito dell'effettiva tutela degli interessi giuridicamente rilevanti nella fattispecie³¹ e, innanzitutto, di quelli pubblici affidati alle cure dell'Amministrazione precedente³².

In tale prospettiva, la nozione di risultato è apparsa «la più chiara espressione

indotto dalle contaminazioni riviventi dall'ordinamento comunitario, come rileva F. MERUSI, *La pubblica Amministrazione italiana e l'ordinamento europeo: bilanci e prospettive*, in AA.Vv., *Ordinamento europeo e pubblica Amministrazione*, a cura di G. SCIULLO, Bologna 2009, 257 ss. L'A. pone, peraltro, in evidenza come tale evenienza abbia determinato una inversione di prospettiva nel rapporto tra diritti fondamentali e potere amministrativo che ha condizionato, in senso sostanziale la stessa determinazione dell'interesse pubblico, nonché involto un mutamento della prospettiva della discrezionalità, che diventa espressione della ponderazione, esercitata sulla base non solo di interessi predeterminati ma, altresì, di regole predeterminate, quali la proporzionalità e l'adeguatezza. In questa prospettiva, «gli interessi pubblici sono risultati proiettati in realtà dialettiche di rapporti, calati nella storia, traducendosi di volta in volta in norme, politiche, programmi, piani di azione o specifiche misure, sino poi a modificarsi del tutto, coinvolti in un processo di materializzazione in risultati connessi a concrete vicende giuridiche della vita» come rappresenta M. SPASIANO, *L'interesse pubblico e l'attività della p. A. nelle sue diverse forme alla luce della novella della l. 241 del 1990*, in *www.giustamm.it.*, 2005, 5. Più di recente V. CAPUTI IAMBRENGHI, A. ANGIULLI, *Forma e sostanza del principio di legalità nell'esercizio dei pubblici poteri*, in *www.GiustAmm.it*, 2013, 12, nel senso che «deve ritenersi che la legalità è una premessa sostanzialmente indispensabile per qualsiasi attività che pacificamente si svolga nella società contemporanea. Ad onta della sua crisi permanente, infatti, lo Stato riesce mediante la continua rimodulazione della consistenza, nell'ordinamento generale, del "tasso" di legalità, a proteggersi dalle spinte che trovano radice nell'assenza di regole e persino, in qualche misura, dalla negazione di ogni tipo di autorità politica».

Per una ricostruzione dell'evoluzione del concetto di interesse pubblico, tra i numerosissimi contributi, oltre alle voci enciclopediche, cfr. L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi*, Napoli 1984; F. BASSI, *Brevi note sulla nozione di interesse pubblico*, in AA.Vv., *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena 1996, I, 243; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 413 ss., che nell'ambito di una riflessione volta a risolvere il rapporto tra interesse pubblico contenuto nella norma attributiva del potere e interesse pubblico specifico, dimostra che l'emersione di quest'ultimo è la risultante di una operazione interpretativa che prende avvio dalla elaborazione «di una serie di ipotesi circa l'idoneità di questo o quell'elemento di fatto (...) ad individuare l'obbiettivo concreto, riferibile alla fattispecie astratta del quale l'interprete ha, all'inizio del procedimento amministrativo, e del parallelo processo intellettuale di comprensione, solo un'idea», prosegue con la valutazione in ordine alla rilevanza del fatto in relazione al «progetto di interesse pubblico specifico desunto» nella prima fase di «precomprensione», si chiude con la selezione tra i vari fatti rilevanti di «quello più significativo a costituire, nella fattispecie, l'elemento giustificativo di esercizio del potere.».

³¹ L'«impoverimento della ponderazione degli interessi a vantaggio dell'efficacia» è sottolineato da V. CAPUTI IAMBRENGHI, *Procedimento «efficace» e funzione amministrativa giustiziale*, in AA.Vv., *Studi in onore di Gustavo Vignocchi*, cit., 333 ss. Cfr., altresì, M. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico Report annuale – 2011 – Italia*, in *www.ius-publicum.com*, 2011, 13, ove si legge che il risultato amministrativo «lungi dal consistere nella necessaria soddisfazione materiale della pretesa del cittadino, si realizza piuttosto nella necessaria presa in considerazione dei suoi interessi giuridici e delle sue istanze, nonché nella soddisfazione delle sue pretese in termini di adeguatezza della risposta (non necessariamente positiva), in quanto è in essa che – fra l'altro – si collocano le giuste esigenze di certezza del diritto».

³² P. LAZZARA, *Procedimento e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori tra principio inquisitorio ed autoreponsabilità dei privati*, Roma 2005, 103 ss., con riferimento al procedimento amministrativo semplificato e nel senso che la semplificazione inciderebbe sul pieno dispiegarsi delle attività istruttorie.

di quella tendenza efficacemente rappresentata nei termini di vera e propria "ansia di provvedere" come immediata soddisfazione dell'interesse del privato, anche a costo di sacrificare la legalità»³³.

Su di un versante opposto si collocano, invece, quelle tesi che muovono dalla preliminare considerazione secondo la quale proprio il raggiungimento del risultato, la realizzazione dei compiti pubblici e la soddisfazione dei bisogni sociali costituiscono elementi fondanti della «struttura pubblica, nonché la ragione ultima dell'esistenza di un apparato amministrativo»³⁴.

Né il peculiare carattere dell'azione amministrativa può indurre ad escludere la pertinenza del richiamo al «principio manageriale di efficienza e del risultato» inteso come «migliore esercizio delle missioni di interesse collettivo che incombono sull'Amministrazione»³⁵.

Tuttavia, seguendo le tracce di altra parte della dottrina, una lettura del principio di legalità in termini di risultato consente di cogliere il legame dello stesso con l'altro principio costituzionale del buon andamento.

A tale conclusione perviene quell'orientamento che propone e valorizza una legalità strumentale al buon andamento, intesa come legalità di risultato³⁶: in questo senso, per esempio, è riguardando il buon andamento come principio capace di esprimere una influenza determinante anche in riferimento al profilo funzionale dell'azione amministrativa³⁷, che si può meglio individuare il collegamento tra tale principio e il risultato.

È noto che dopo una storia di faticosa emersione, il principio di buon andamento – superando lo scarso valore ad esso riconosciuto anche dalla Corte costituzionale³⁸ – è stato oggetto di un'interpretazione volta ad enfatizzarne la valenza di strumento destinato a migliorare il rendimento dell'apparato pubblico, in ciò assimilato al criterio di efficienza dell'operato della pubblica Amministrazione³⁹.

Ed invero il comune denominatore del processo di riforma dell'attività amministrativa è costituito da scopi efficientistici, tant'è che il legislatore sembra

³³ Così, sia pur con riferimento al tema della semplificazione amministrativa, F. FIGORILLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 229.

³⁴ M. GAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 122.

³⁵ F. SALVIA, *Valori e limiti della managerialità nella pubblica Amministrazione*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 588 ss.

³⁶ M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico. Report annuale – 2011 – Italia*, cit., 136.

³⁷ Sul tema le dense riflessioni di R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche Amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 31 ss.

³⁸ F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia* (Atti della Giornata di studio per i 150 anni della Unità d'Italia), cura di M.R. SPASIANO, Napoli 2012, 223-224.

³⁹ A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 48 ss.

aver abbandonato la formula del buon andamento, «evidentemente considerata espressione di una vocazione legalista non legalista»⁴⁰, per abbracciare un ardito neologismo giuridico, basato su nozioni puramente tecnologiche, quale l'«efficientamento», altrettanto evidentemente considerato espressione di un nuovo spirito aziendalista, che si ritiene «conformativo di uno specifico connotato di doverosità caratterizzante la pubblica amministrazione del Duemila»⁴¹.

L'attenzione verso il risultato dell'azione amministrativa e la rilevanza assegnata dall'ordinamento a tale aspetto non coincide, tuttavia, con la immediata e necessaria soddisfazione materiale della pretesa del privato interessato (così, ad esempio, nelle fattispecie di legittima inerzia della p.A.).

Senza trascurare il valore fondamentale del «primato della legge quale limite per l'esercizio di qualsiasi potere pubblico»⁴² il concetto di risultato – di buona amministrazione in termini di efficacia/efficienza – indicherebbe, dunque, una accresciuta esigenza di effettività «della tutela degli interessi in vista della quale trovano legittimazione i diversi centri di potere pubblico»⁴³.

Per altro profilo, il risultato non rileverebbe in via autonoma ma alla stregua del nuovo significato assunto dai principi enunciati dall'art. 1 della l. n. 241 del 1990: non, dunque, *ex se* ma – attesa la piena funzionalizzazione dell'attività amministrativa – quale esito di un esercizio efficace dell'azione svolta dai pubblici poteri in termini di benessere collettivo ed ulteriore limite alla libertà di valutazione conferita alle Amministrazioni pubbliche⁴⁴.

Una formula aggiornata del tradizionale buon andamento, ormai riconducibile, dunque, alle più ampie trasformazioni che stanno interessando l'ordinamento amministrativo: il risultato – così inteso quale *regula* che compendia l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa e che ne *rivitalizza*

⁴⁰ A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013, 24 ss.

⁴¹ A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, cit., 48 ss.

⁴² M.A. SANDULLI, *Introduzione. Il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, in AA.VV., *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, II ed., 6.

⁴³ M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in AA.VV., *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., 57 ss. Sotto questo angolo prospettico, può cogliersi la consapevolezza che «il risultato amministrativo non costituisce qualcosa che si colloca al di fuori della norma e dunque del principio di legalità: esso piuttosto attribuisce a questo un significato precipuo, maggiormente coerente con l'esigenza di effettività della tutela degli interessi in vista della quale trovano legittimazione i diversi centri di potere pubblico». La cennata sussunzione del risultato amministrativo nella sfera della legalità determina l'estensione del raffronto norma-atto, al rapporto norma-atto-risultato, diventando quest'ultimo un parametro giuridicamente rilevante. In questo senso, il risultato amministrativo, non potendo certamente coincidere con la necessaria soddisfazione materiale della pretesa del cittadino in termini di conseguimento del bene della vista richiesto, si realizza invece nella necessaria presa in considerazione delle sue istanze e degli interessi giuridici ad essa sottesi, nonché nella soddisfazione delle sue pretese in termini di adeguatezza e di semplicità e tempestività: ciò che, fra l'altro, asseconda le giuste esigenze di certezza del diritto.

⁴⁴ I criteri di economicità efficacia ed efficienza andrebbero intesi come «incentivo combinato alla ricerca al miglior risultato possibile» nelle riflessioni di A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 51 ss.

la portata nelle prassi applicative – costituirebbe una dimensione essenziale del buon andamento, così *infortiato* da ulteriori e diversi profili di effettività rispetto a quelli da cui è stato tradizionalmente caratterizzato⁴⁵.

4. *L'amministrazione di risultato quale clausola generale nella programmazione e nei controlli ex ante.* – Nelle applicazioni concrete di questo nuovo *trend* di valutazione dell'azione amministrativa i profili connessi al risultato assumono un ruolo essenziale: il contenimento, o quanto meno il calcolo, del rischio amministrativo, passano necessariamente attraverso le regole e gli istituti preordinati a sottrarre all'incertezza la predeterminazione del risultato o la programmazione dell'efficace raggiungimento dello stesso.

Le opzioni del legislatore, caratterizzate dall'introduzione di istituti giuridici volti a modificare *funditus* le modalità di agire degli apparati pubblici, sì da far emergere le capacità di questi ultimi di soddisfare le esigenze del cittadino, attraverso lo spostamento dell'asse verso l'attività complessiva anziché sul singolo atto e che in questa prospettiva richiamano, anche solo implicitamente, il raggiungimento di risultati nell'esercizio della azione amministrativa, hanno indotto talvolta ad individuare una formula *ad hoc* – amministrazione di risultato⁴⁶, amministrazione di risultati⁴⁷, amministrazione per risultati⁴⁸ – idonea a traghettare – quale clausola generale – tale concetto da un ambito metagiuridico verso un parametro necessario di valutazione dell'azione della p.A., atto a spiegarne la dinamica attuale.

Si tratta – come si è detto – della vicenda giuridica avente ad oggetto l'accentuazione dei profili del buon andamento⁴⁹, legati al risultato, all'efficacia e all'efficienza dell'azione amministrativa che assurgerebbero ad autonomi parametri

⁴⁵ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa* (voce), cit., 101.

⁴⁶ A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli 2001, 813 ss.; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, cit., 1 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino 2003.

⁴⁷ V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, cit., 617 ss.

⁴⁸ G. GUARINO, *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1985.

⁴⁹ Così G. IACOVONE, *Lineamenti della pianificazione strategica*, cit., 117, (con riferimento al principio di legalità) che richiama F. MERUSI (*Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1222 ss.). F. MERUSI ricorda sul tema l'insegnamento di G. D. ROMAGNOSI (*Prolegomeni dell'alta legislazione (inediti)*, anno scolastico 1812-1813, in *Opere di G. D. Romagnosi*, riordinate ed illustrate da A. DE GIORGI, col. VII, p. te 2, *Scritti sul diritto filosofico positivo*, Milano 1846) sulla necessità del potere: «l'Amministrazione ha la legge sopra di sé; ma la sua azione, che spesso deve essere rapida, uniforme e concentrata non deve subire ritardo (...), poiché gravissimi sarebbero gli inconvenienti e i danni che ne riporterebbe la cosa pubblica, la quale ad ogni modo dev'essere provveduta». L'attualità del pensiero di Romagnosi è sottolineato, altresì, da A. MASSERA, *Il diritto amministrativo e l'opera di Gian Domenico Romagnosi a 250 anni dalla sua nascita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1029 ss.; G.P. ROSSI, *L'attualità di G. D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1 ss.

di legittimità, dell'atto⁵⁰: il risultato emergerebbe, in una visione dell'attività della P.A. – oggi attualizzata dalle riforme alla l. n. 241 del 1990 – quale elemento fondante⁵¹ dell'azione amministrativa, tanto da far affiorare dal generale concetto di interesse pubblico significati ulteriori rispetto a quelli per l'addietro riferiti al buon funzionamento, al corretto esercizio della funzione ed alla opportunità delle scelte di programmazione e di pianificazione delle Amministrazioni.

Il riferimento è al processo di obbiettivizzazione della funzione amministrativa, spesso fonte di enfattizzazione del vincolo di scopo, quale regola a cui l'Amministrazione dovrà attenersi nella ponderazione degli interessi che incrocerà nel corso dell'esercizio dell'azione, per il perseguimento del risultato: una prospettiva assimilabile ad un concetto dell'organizzazione amministrativa e dello Stato a cui devono imputarsi non solo l'assolvimento di compiti inerenti alle politiche economiche in senso stretto, ma anche l'individuazione di coordinate mirate al c.d. "sviluppo", così da incentivare le condizioni per una progressiva espansione degli ambiti favorevoli alla crescita economica e sociale⁵², rendendo prevedibili gli effetti dell'azione.

Tali orientamenti, pur in continuità con un'impostazione che aveva incentrato l'attenzione sui parametri dell'economicità, dell'efficienza e dell'efficacia, spostano ora l'analisi sulla corretta predeterminazione dell'obiettivo, quale presupposto del futuribile (*recte*: attendibile) risultato che, in passato, non ha costituito criterio automatico di "misurazione" diretta del buon andamento⁵³.

L'attenzione al risultato evidenzia, del resto, l'acquisizione, da parte del legislatore, di un differente approccio metodologico nel regolamentare l'attività amministrativa e la relativa funzione, in modo che essa non diventi diseconomica ed inefficace. L'amministrazione di risultato potrebbe, dunque, non essere più costretta entro i limiti angusti contrassegnati dall'imprescindibile binomio validità-efficienza, «ossia della mera rappresentazione degli effetti che discendono dall'attività amministrativa»⁵⁴, ma proiettata verso una manifestazione concreta della rilevanza di tale concetto, volta cioè a misurare le capacità della stessa all'interno del contesto sociale in cui si esplica⁵⁵.

Non si intende, peraltro, abbandonare una chiave di valutazione giuridica

⁵⁰ F. SALVIA, *La buona amministrazione e i suoi limiti*, cit., 553. Così anche A. POLICE, *Doverosità dell'azione, tempo e garanzie giurisdizionali*, in AA.VV., *La riforma della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, cit., 16. L'A. stigmatizza ed amplia l'ambito concettuale della legalità «non più soltanto limite negativo all'esercizio del potere (...) soprattutto affermazione in positivo dell'obbligo di esercitare quel potere in tempo utile (o se si vuole, ragionevole)».

⁵¹ G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e auto-Amministrazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Virga*, 1993, 1303.

⁵² E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2005, 243 ss.

⁵³ G. IACOVONE, *Lineamenti della pianificazione strategica*, cit., 103.

⁵⁴ M.P.T. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sull'autoritarità nella funzione amministrativa*, cit., 34-35.

⁵⁵ Nel senso che la confluenza «del principio di legalità nel più ampio principio del buon andamento» consente di individuare nel concetto di efficienza economica una chiave di lettura aggiornata

che ponga in dubbio le categorie poste a garanzia in primo luogo del principio di legalità, bensì tentare di individuare un percorso comune attraverso il quale legittimità e risultato costituiscano due parametri essenziali e concorrenti di valutazione dell'attività amministrativa.

Del resto, non può tacersi che le difficoltà di raggiungimento di condizioni di efficienza, nei termini “della produzione pubblica di beni e di prestazioni di servizi” sono state giustificate evidenziando le differenze tra l'organizzazione dell'amministrazione e quella dell'impresa privata⁵⁶, rilevabili in primo luogo dalla constatazione dell'indifferenza dell'apparato organizzativo pubblico ai risultati prodotti dalla sua azione, posta al riparo dai principi e dalle regole dell'economia e dal conseguimento della utilità massima per il soggetto su cui ricadranno gli effetti prodotti dalla Amministrazione precedente.

5. Buon andamento e valutazione dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività di programmazione della p.A.: rilievi conclusivi. – Se si tenta⁵⁷ di rapportare la metodologia della valutazione alle categorie del diritto amministrativo e alla funzionalizzazione dell'attività della p.A., potrebbe emergere che tale processo accompagna la fase di definizione dell'interesse pubblico specifico della pianificazione strategica per calibrarne le scelte, in coerenza con la previa esplicitazione degli obiettivi e delle loro motivazioni, anche in vista dei successivi momenti attuativi della programmazione.

La metodologia della valutazione e verifica *ex ante* assumerebbe in tale prospettiva valenza strategica ed operativa, consentendo di prefigurare l'andamento del programma rispetto alle priorità individuate, sorvegliandone l'attuazione; ma al contempo una funzione siffatta potrebbe inscrivere nell'ambito dei processi logico-giuridici che guidano l'analisi dell'azione amministrativa in ordine al perseguimento dell'interesse pubblico, tutte le volte in cui la valutazione ove ponga all'evidenza un allontanamento – anche in via preventiva – dagli obiettivi prefissati, induca mutamenti migliorativi dei processi attuativi, nonché riequilibri *ex ante* della programmazione o pianificazione degli interventi.

Anche tale profilo ricostruttivo involgerebbe la nozione di amministrazione di risultato, cui può ascrivere l'attività di valutazione, che, al tempo stesso, appare funzionale alle logiche sottese ai processi decisionali di cui si avvale la tecnica di programmazione strategica ed innanzitutto all'esigenza di prevedibilità del raggiungimento degli obiettivi prefissati.

del principio di buon andamento C. MEOLI, *Profili generali*, in AA.VV., *La convergenza tra pubblico e privato nell'amministrazione italiana*, a cura di C. MEOLI, Firenze 1992, 24.

⁵⁶ In tal senso G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna 2009, 91 ss.

⁵⁷ Con le dovute cautele imposte dalla eterogeneità ed attualità degli strumenti giuridici presi in esame.

Così, ad esempio, il procedimento in esame, attuato alla stregua delle coordinate individuate nel regolamento sui fondi strutturali, individua i presupposti per apprezzare la capacità intrinseca di un piano o di un progetto di raggiungere il risultato in relazione agli effetti che potrebbero scaturire dall'avvenuta esecuzione integrale dello stesso, con evidenti implicazioni in ordine ad un giudizio di efficacia e di efficienza dell'attività amministrativa, anche in via previsionale.

Per altro profilo, sembra potersi profilare la possibilità di superare le difficoltà interpretative, talora evidenziate, in ordine alla considerazione del risultato/efficacia quale criterio di legittimità dell'azione amministrativa⁵⁸.

Infatti, nella prospettiva di una razionale allocazione delle risorse, il processo di valutazione è previsto in funzione direzionale e orientativa, in ragione del perseguimento di obiettivi predeterminati, funzionali a superare eventuali asimmetrie territoriali, nella logica della pianificazione strategica⁵⁹. Sicché il riferimento al principio di buon andamento, insito nella programmazione e nelle metodologie di verifica e valutazione di nuovo conio alla stessa correlate, attraverso cui il legislatore cerca di indurre la p.A. a comportamenti virtuosi, sembra imprescindibilmente legato al risultato che – in ossequio all'orientamento comunitario – è assunto a fulcro della programmazione economica statale e regionale, nonché a parametro di verifica della capacità dell'azione amministrativa in relazione all'ammissione di progetti di sviluppo a finanziamenti, connotandosi quale elemento centrale delle dinamiche ordinarie dell'agire amministrativo e divenendo così una costante nell'azione delle Amministrazioni investite dall'attuazione delle politiche di cooperazione, sostegno e coesione concordate tra Unione europea e Stati aderenti.

In una prospettiva siffatta, la verifica e la valutazione della programmazione sembrano assumere, dunque, il ruolo di invarianti delle politiche pubbliche, di gestione e promozione dell'attività dei funzionari amministrativi a tutti i livelli, nonché degli investimenti pubblici, progetti e interventi in funzione dello svi-

⁵⁸ S. RAIMONDI, *L'Amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa*, in AA.VV. *Principio di legalità e Amministrazione di risultati*, cit., 410.

⁵⁹ Con riferimento al pubblico impiego sono state evidenziate talune perplessità in relazione degli indicatori di misurazione delle prestazioni sull'individuazione dell'interesse pubblico concreto e sulla discrezionalità. È stato rilevato che tale metodologia mostrerebbe tutti i segni di un legislatore che, pur affrontando apprezzabilmente i problemi di efficienza del settore pubblico, sembra diffidare di chi «sarà chiamato ad applicare le sue leggi» e, conseguentemente, tenderebbe a limitare la discrezionalità e l'autonomia. Il rischio potrebbe essere rappresentato da una sopravvalutazione del ruolo degli indicatori in relazione all'identificazione dell'interesse pubblico da perseguire, ove quest'ultimo non fosse individuato attraverso la interpretazione di un complessivo sistema di valori nel cui ambito rientrano, anche e non solo, gli indicatori medesimi: per quanto la loro identificazione possa essere orientata dalla prefigurazione di criteri più o meno specificatamente individuati, essi non appaiono, da soli idonei a prefigurare quei parametri di legalità sostanziale ai quali rapportare l'azione amministrativa. In tal senso viene letta l'eccessiva rigidità del modello che disciplina l'applicazione del metodo strategico al ciclo di gestione delle *performance* (B.G. MATTARELLA, *La nuova disciplina di incentivi e sanzioni nel pubblico impiego*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 954).

luppo e della cooperazione economica, in quanto finalizzati ad un processo di allocazione delle risorse consapevole: si direbbe un'evoluzione della funzione amministrativa che, senza svalutare i profili dell'interesse pubblico insito nelle scelte tecnico-discrezionali della p.A., tende a privilegiare i risultati concreti dell'attività amministrativa, individuati in termini di efficacia ed efficienza dell'azione e dell'organizzazione, complessivamente considerate – come sembra necessario per cogliere fino in fondo la funzione assegnata all'organizzazione dei pubblici uffici secondo disposizioni di legge subordinate all'assicurazione del buon andamento dell'Amministrazione dalla norma costituzionale – nell'ambito dell'ampio fenomeno direzionale delle scelte pubbliche in cui proprio la programmazione – ora preceduta dalla prefigurazione dei risultati che dalla stessa potrebbero (*recte*: dovrebbero) derivare in termini di benessere collettivo – legittimamente si iscrive.

ABSTRACT

Michele Della Morte, *Diritto di decidere e cultura costituzionale. Un'interpretazione della questione catalana*

La dialettica tra gli organi del potere centrale spagnolo e quelli del potere regionale catalano risulta, negli ultimi anni, connotata dalla progressiva radicalizzazione delle rispettive posizioni, accompagnata da un processo di reciproca e costante delegittimazione. Alla base del contrasto si pone la rivendicazione del proprio *dret a decidir* da parte della comunità catalana. L'autore analizza dapprima i caratteri di tale preteso diritto, evidenziando l'eccedenza del suo contenuto rispetto alle istanze di autodeterminazione tradizionalmente intese nell'ambito del diritto internazionale. Prendendo, quindi, le mosse dalla riflessione sulla natura e sulle cause di quella che viene definita la più grave crisi della democrazia spagnola a far data dalla morte di Franco, la disamina suggerisce la prospettiva di un percorso che conduca alla sua composizione. Percorso che, facendo leva sulla portata innovatrice dei principi ispiratori del costituzionalismo democratico, sia alternativo tanto alla miope rigidità del metodo adoperato dal governo centrale spagnolo, quanto ad una rappresentazione della funzione del popolo, nell'ambito del sistema, svincolata dal concetto di limite, che sembra essere la reale materia del contendere.

Right to Decide and Constitutional Culture. An Interpretation of the Catalan Question

The dialectic between the authorities of central Spanish power and those of the Catalan regional power turns out to be marked by the progressive radicalisation of their respective positions over recent years, combined by a process of mutual and permanent delegitimization. The claim of their own *dret a decidir*, made by the Catalan community, is at the heart of the conflict. First and foremost, the author analyses the features of such a claimed right, highlighting the surplus of its content compared to the requests for self-determination, traditionally intended in the International law field. Thus, being based upon the reflection on the nature and on the causes of what is referred to as the most

serious crisis since the death of Franco, the essay suggests the perspective of a possible way of resolution. Such a path, relying on the innovative scope of the inspiring principles of democratic constitutionalism, is supposed to be alternative both to the short-sighted rigidity of the method used by the Spanish central government, as to a representation of the function of the people, within the system, freed from the concept of limit, which seems to be the real purpose.

Ruggiero Dipace, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*

Il saggio si propone di analizzare la rilevanza della fase della programmazione nel processo decisionale delle pubbliche amministrazioni che prefigura e anticipa le scelte dei pubblici poteri ed opera, quindi, come fattore di limitazione e di conformazione della successiva attività amministrativa. Individuato il ruolo della programmazione, l'indagine si sofferma anche sulle conseguenze della violazione, elusione o omissione di quanto stabilito in sede programmatoria sulla successiva attività amministrativa.

Programming as a Condition for Administrative Decisions

The essay aims to analyze the relevance of the planning phase in the decision-making process of public administrations that prefigures the choices of public authorities and operates, therefore, as a factor of limitation and conformation of the subsequent administrative activity. Having identified the role of programming, the essay also focuses on the consequences of the violation, avoidance or omission of the provisions established at the planning stage on the subsequent administrative activity.

Emiliano Frediani, *Il modello processuale di Franz Klein: dal conflitto alla funzione di mediazione del responsabile del procedimento*

Il contributo delinea una prospettiva di possibile sviluppo della funzione di mediazione del responsabile del procedimento amministrativo a partire dal modello elaborato da Franz Klein nel 1895 per il processo civile dell'Impero austro-ungarico. La possibilità di operare una lettura del modello in questione in chiave procedimentale conduce a sviluppare una riflessione sulla particolare natura del contraddittorio desumibile dall'art. 11, comma 1-*bis*, della legge n. 241/1990 e sulla contestuale necessità di valorizzare il ruolo del responsabile in tale ottica. Il riferimento alle categorie dell'ascolto pro-attivo e della co-progettazione creativa, tratte dalla riflessione sociologica, consente di pervenire ad individuare i caratteri di fondo della ricordata funzione di mediazione "costruttiva" del responsabile quale forma di superamento in chiave positiva del con-

flitto endoprocedimentale. In tale prospettiva, un interessante “laboratorio” di osservazione è rappresentato dai procedimenti di regolazione che si svolgono dinanzi alle autorità amministrative indipendenti. È rispetto a questi ultimi, infatti, che sembra poter trovare conferma l’idea di una evoluzione del ruolo del responsabile quale garante di un “dialogo” procedimentale effettivo ed in chiave collaborativa tra i diversi interessi dedotti nell’ambito di un processo decisionale pubblico.

The Procedural Model of Franz Klein: From Conflict to the Mediation Function of the Person Responsible for the Administrative Procedure

The paper highlights a perspective of possible evolution of the mediation function of the person responsible for the administrative procedure, starting from the model elaborated by Franz Klein in 1895 for the civil process of the Austro-Hungarian Empire. The qualification of such a model in a procedural key leads to the development of a reflection on the particular nature of the procedural right to contradict, that can be deduced from art. 11, paragraph 1-*bis*, of the law n. 241/1990 and on the need to enhance the role of the person responsible for the administrative procedure in this light. The reference to the figures of the pro-active listening and the creative co-building, taken from the sociological studies, leads to identify the basic characteristics of the function of “constructive” mediation of the person responsible for the administrative procedure as a positive form to overcome the procedural conflict. In this perspective, an interesting “laboratory” to observe such an evolution is represented by the regulatory procedures of the independent administrative authorities. Referring to this context it seems to be possible to confirm the idea of an evolution of the role of the responsible for the administrative procedure as a guarantor of an effective procedural “dialogue” in a collaborative key between the various interests deduced in the framework of the public decision-making process.

Marco Olivetti, *Le origini del regime parlamentare in Canada: il Constitution Act (1791), l’Act of Union (1840) ed il riconoscimento per via convenzionale del responsible government (1848)*

Le istituzioni rappresentative furono introdotte nelle colonie britanniche situate nei territori corrispondenti all’attuale Canada sin dagli ultimi decenni del settecento. Da esse derivano – mediante un processo evolutivo quasi ininterrotto – il Parlamento federale ed i parlamenti provinciali attualmente esistenti in Canada. Il radicamento di tali istituzioni è stato però assai problematico, per un concorso di fattori, che includono il dualismo anglo-francese, il rapporto fra le Colonie e la madrepatria e la diversità culturale e religiosa delle Colonie stesse. Al centro dell’evoluzione istituzionale canadese fra il 1791 (data della concessione alle Colonie dell’Alto e del Basso Canada del *Constitution Act*, recante le

prime istituzioni rappresentative per i territori corrispondenti alle attuali province dell'Ontario e del Québec) ed il 1848 sta la rivendicazione delle Assemblee legislative ivi istituite di rappresentare le popolazioni locali e di condizionare dapprima e di determinare in seguito la composizione e la politica delle autorità esecutive previste dalle leggi britanniche regolanti le Colonie. Il saggio ricostruisce le lotte costituzionali nell'Alto e, soprattutto, del Basso Canada e la rivendicazione da parte delle Assemblee del principio della responsabilità politica dei governi coloniali di fronte ai parlamenti coloniali (c.d. *responsible government*). Dopo aver descritto la “cesura” rappresentata dalla sospensione della “costituzione” coloniale del Basso Canada nel 1837-40 e l'unificazione delle Colonie dell'Alto e del Basso Canada con lo *Union Act* 1840, il saggio illustra le forme con le quali il principio del *responsible government* (nozione corrispondente a quella di regime parlamentare) venne riconosciuto in Canada nel 1848, secondo moduli ispirati al regime parlamentare britannico.

The Origins of the Parliamentary Government in Canada: The Constitution Act (1791), the Act of Union (1840) and the Recognition of Responsible Government (1848)

Representative institutions have been introduced in the British colonies in the area of Canada in the last decades of the eighteenth century. From these institutions – through an almost uninterrupted evolutionary process – derive the Federal Parliament and the provincial parliaments existing today in Canada. The consolidation of these institutions was however very problematic, due to a combination of factors, such as the Anglo-French dualism, the relationship between the colonies and the motherland and the cultural and religious diversity of the colonies themselves. At the center of the Canadian constitutional evolution between 1791 (when the *Constitution Act* recognized the first representative institutions to the Colonies of Upper and Lower Canada, in the territories corresponding to the current provinces of Ontario and Québec) and 1848 there is the intent of the Legislative Assemblies to represent local populations and to influence and then to shape the composition of the Executive authorities foreseen by the British laws governing the Colonies and the policies of those authorities. This essay analyzes the constitutional struggles in Upper and Lower Canada and the fight of the Assemblies in order to establish the principle of political responsibility of the colonial governments before the colonial parliaments (c.d. *responsible government*). After the description of the causes and consequences of the suspension of the colonial “constitution” of Lower Canada in 1837-40 and of the unification of the Colonies of Upper and Lower Canada through the *Union Act 1840*, the essay illustrates how the principle of responsible government (a notion corresponding to that of parliamentary government) was recognized in Canada in 1848, in manners similar to those practiced in the United Kingdom.

Enrico Zampetti, *La nuova nozione di comportamento amministrativo*

L'articolo pone in luce l'evoluzione della nozione di comportamento amministrativo. Nel quadro tradizionale, la nozione di comportamento amministrativo indica generalmente un'attività estranea all'esercizio del potere. Nei tempi più recenti, parallelamente al progressivo ridimensionamento del provvedimento come centro di produzione giuridica nel diritto amministrativo, la nozione tende invece ad identificare anche manifestazioni di potere amministrativo diverse da quelle puramente provvedimentali. Muovendo dal concetto di decisione amministrativa, l'articolo prospetta l'utilità di una nuova nozione di comportamento amministrativo capace di ricomprendere unitariamente l'azione amministrativa in funzione delle sue specifiche garanzie sostanziali, a prescindere dalle forme in cui si esplica e dal carattere autoritativo o meno dell'attività stessa.

The New Concept of Administrative Behaviour

The article focuses on the evolution of the notion of administrative behaviour. In the traditional framework, the notion of administrative behavior generally indicates an activity different from the general exercise of power.

More recently, alongside the progressive reduction of the provision intended as the centre of the legal production of the administrative field, the notion also tends to identify events, which are an expression of the administrative power, other than the provisions.

Starting from the concept of administrative decision, the study envisages the utility of a new notion of (administrative) behaviour which is capable to include, at the same time, the administrative action according to its specific substantial guarantees, irrespective of the forms in which is carried out and regardless of whether or not it has an authoritative character.

Donato Vese, *Il preavviso di rigetto tra efficienza e garanzia dell'azione amministrativa*

Lo scritto si divide idealmente in due parti. Nella prima parte, che fa da cornice all'intero lavoro e che corrisponde ai primi tre paragrafi, si esaminano alcuni aspetti inerenti al tempo del procedimento amministrativo, e in modo particolare l'attenzione è posta su tre argomenti che riguardano da vicino la disciplina temporale: la certezza dell'azione amministrativa (secondo paragrafo), l'accelerazione del procedimento (terzo paragrafo), il silenzio-assenso come istituto di accelerazione procedimentale (quarto paragrafo).

Gli argomenti sono osservati nell'ottica del metodo dell'analisi economica, dove è richiesto all'amministrazione pubblica di esercitare la sua funzione in modo tempestivo e senza ritardo onde assicurare l'efficienza dell'azione amministrativa.

Nel corso della prima parte della trattazione, dall'analisi della disciplina

temporale del procedimento si riscontra come vi sia uno sbilanciamento dell'azione amministrativa e delle sue procedure a favore dell'efficienza 'economica' del sistema. In questa direzione si pongono anche le recenti riforme, le quali, nell'ottica di rendere più rispondente l'amministrazione e le sue procedure al paradigma economico, predispongono un'ampia gamma di regole volte ad accelerare in modo sistemico l'esercizio della funzione amministrativa. Banco di prova, oltre che esempio della generale tendenza nelle recenti linee di riforma all'accelerazione dell'azione amministrativa, è l'istituto del silenzio-assenso di cui all'art. 20, l. n. 241/1990, che in questa sede viene analizzato nelle parti attinenti agli aspetti temporali della disciplina.

In questo quadro, l'attuale tendenza all'accelerazione temporale in funzione dell'efficienza economica pone in luce il problema della garanzia della sfera dei diritti dei privati non direttamente interessati al risultato dell'azione dei pubblici poteri. Per tale ragione si è reso necessario ricercare attraverso l'analisi del dato positivo la presenza di norme e istituti che, ponendosi in controtendenza rispetto all'attuale esigenza di accelerazione delle procedure generalmente richiesta dagli attori del mercato a soddisfazione della loro sfera patrimoniale, contemplano un'espansione del tempo del procedimento e più in generale dell'azione amministrativa a garanzia della sfera dei diritti dei privati non necessariamente interessati al risultato economico prodotto dall'amministrazione.

Individuata tale funzione normativa nel preavviso di rigetto di cui all'art. 10-bis, l. n. 241/1990, nella seconda parte dello scritto, corrispondente ai successivi quattro paragrafi, e sempre da una prospettiva temporale (quinto paragrafo), si esaminano le disposizioni di tale istituto (sesto e settimo paragrafo) reinterpretandole quali norme che, avvalorando il momento dialettico fra l'amministrazione e il privato (ottavo paragrafo), pongono in relazione sia l'esigenza di un'azione efficiente, come richiesto dall'attuale contesto economico per il soddisfacimento degli utenti del sistema amministrativo, sia la necessità di una azione imparziale, così come richiede l'ordinamento per la tutela dei diritti delle persone.

The Notice of Rejection between Efficiency and Guarantee of Administrative Action

This contribute comprises two parts. The first part, which frames the extent of work, includes the first three paragraphs where the aspects concerning time of administrative procedure are examined. In particular, attention is focused on three topics that closely concern the temporal discipline: the certainty of administrative action (paragraph two), the acceleration of procedure (paragraph three) and the silence-assent mechanism as institute of acceleration of proceedings (paragraph four).

These arguments are observed from the perspective of the methods of economic analysis, where public administration has to exercise its function promptly and without delay in order to ensure the efficiency of the administrative action.

Analyzing the temporal discipline of procedure, it is shown an imbalance in administrative action and its procedures, in favor of the economic efficiency. This is also the direction of recent reforms that, in order to make administration

and its procedures more responsive to the economic paradigm, set a wide range of rules aimed at accelerating the exercise of administrative action. An example of this general tendency, in the recent lines of reform, to accelerate administrative action is represented by the institute of silence-assent according to Article 20, Law n. 241/1990, analyzed in this work with the temporal aspects of discipline.

Temporal acceleration in function of the economic efficiency highlights the problem of guaranteeing rights of subjects indirectly concerned with the result of public authorities' action.

For this reason, it has been necessary to search the presence of norms and institutes which, in contrast with acceleration of procedures required by market actors to satisfy their patrimonial sphere, contemplate a temporal extension of proceeding and more generally of administrative action to guarantee the privates' sphere of rights not necessarily interested in the economic result produced by administration.

In the second part of work and always from a temporal perspective, this regulatory function is identified in the notice of rejection Article 10-bis, Law n. 241/1990 (paragraph five) and the provisions of this institute (paragraphs six and seven) are examined reinterpreting them as rules which, reinforcing the dialectical moment between administration and private (paragraph eight), relate both the need for an efficient action, as required by the economic context in order to satisfy administrative system users, and the need for a right action in order to preserve privates' rights.

Luca Giacomelli, *Il cibo come bene fondamentale e il ruolo innovativo delle urban food policies*

Il passaggio da una concezione del cibo come «merce» a una concezione del cibo come «bene fondamentale», e dunque oggetto di un diritto altrettanto fondamentale, è indispensabile se si vuole ripensare il rapporto tra cibo e diritto e garantire un accesso effettivo a un'alimentazione adeguata. Il contributo ricostruisce le fonti e il contenuto del diritto fondamentale al cibo «adeguato» a partire dal livello internazionale sino al quadro costituzionale italiano, dove pur mancando una esplicita formulazione in tal senso è possibile rinvenire una base giuridica per tutelarne le molteplici anime. Tra i corollari di tale riconoscimento si colloca il contrasto allo spreco alimentare mediante il riutilizzo delle eccedenze in chiave solidaristica che rappresenta la concretizzazione di un più ampio diritto inviolabile di ogni persona a disporre di cibo sufficiente per una vita sana e dignitosa. Di questa nuova sensibilità ne è testimonianza anche la recente approvazione di una legge sulla donazione e la distribuzione di prodotti alimentari e farmaceutici a fini di solidarietà sociale, entrata in vigore il 14 settembre 2016. Proprio a tal fine, il contributo si propone, inoltre, di indagare le politiche e le pratiche di solidarietà alimentare. *Le urban food policies* si muovono esattamente in questa direzione e la

loro analisi può consentire di individuarne gli elementi più innovativi ed efficaci e, al tempo stesso, indicare soluzioni convincenti per far fronte alle difficoltà attuative che queste politiche incontrano nell'esperienza italiana.

Food as Fundamental Right: The Innovative Role of Urban Food Policies

The transition from a conception of food as «commodity» to a conception of food as a «fundamental right», is essential if we want to rethink the relationship between food and law and ensure effective access to an adequate nutrition. This paper reconstructs the sources and the content of the fundamental right to «adequate» food, departing from the International level until the Italian constitutional framework, where even though there is not an explicit statement of this right it is possible to find a legal basis to protect its multiple aspects. One of the corollaries of this right is the tackle against food waste through the reuse of the surplus for charitable purposes that represents the fulfilment of a broader inviolable right of every person to have enough food for a healthy and dignified life. An important signal was, for instance, the approval of a law on the donation and distribution of food and pharmaceutical products for purposes of solidarity, which entered into force September 14, 2016. Precisely for this purpose, the paper aims also to investigate the policies and practices of food solidarity. The urban food policies embody this new sensibility and their analysis can allow to identify the most innovative and effective tools and, at the same time, give convincing solutions to improve these practices within the Italian legal context.

Giovanni Guzzardo, *Note sull'amministrazione di risultato nella pianificazione strategica regionale delle risorse economiche: organi di valutazione e buon andamento*

Le riforme amministrative degli anni recenti hanno innestato nelle fasi della programmazione economica il metodo della prospettazione, in via previsionale, del risultato. Previsioni siffatte, pur ponendosi in linea di continuità con l'indirizzo del legislatore che aveva già valorizzato i parametri dell'economicità e dell'efficacia, investono ora la concreta predeterminazione dell'obiettivo dell'azione amministrativa, quale presupposto dell'attendibile esercizio di un controllo preventivo del risultato. In siffatta prospettiva il principio di buon andamento assumerebbe un contenuto nuovo: la certezza del risultato ne costituirebbe, così, la dimensione essenziale, inducendo significati ulteriori e diversi rispetto a quelli in cui il principio è stato tradizionalmente declinato ed applicato.

Regional Strategic Planning: Evaluation and Principle of Sound Administration

The recent administrative reforms have introduced new mechanisms for assessing the activities of public administrations. The research reconstructs, in a critical perspective, the changes these innovations made to the traditional notion of good performance in the context of regional strategic financial planning.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

MICHELE DELLA MORTE, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi del Molise

RUGGIERO DIPACE, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi del Molise

EMILIANO FREDIANI, Ricercatore confermato di Diritto amministrativo, Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa

MARCO OLIVETTI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, LUMSA di Roma.

ENRICO ZAMPETTI, Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Siena

DONATO VESE, Dottore di ricerca in Diritto amministrativo, Scuola Universitaria Superiore IUSS di Pavia

LUCA GIACOMELLI, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale e comparato, Università degli Studi di Firenze

GIOVANNI GUZZARDO, Ricercatore di Diritto amministrativo, Politecnico di Bari

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in www.editorialescientifica.com, nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e Società».

La direzione e la redazione di «Diritto e Società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

La Rivista “Diritto e Società” – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansoni e da Cedam.

La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al predetto Comitato. I contributi sono inviati ai referees in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.

I referees cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei referees, il Comitato di direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione. In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo nelle sezioni Saggi, Osservatorio, Attualità.

In questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione esterna i contributi di Frediani, Olivetti, Vese, Giacomelli e Guzzardo.

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel./fax 081 5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

Abbonamento 2018: Italia euro 120,00, estero euro 280,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di marzo 2018
da *La Buona Stampa* – Napoli