

DIRITTO E SOCIETÀ

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

III serie - 1/2022

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli
Direttore responsabile

Giuseppe Caia
Marta Cartabia
Antonio D'Atena
Guido Greco
Massimo Luciani
Franco Modugno
Giuseppe Morbidelli
Marco Ruotolo

Comitato scientifico

Marino Breganze	Fabio Merusi
Paolo Carnevale	Jorge Miranda
Giuseppe de Vergottini	Donatella Morana
Michele Della Morte	Alejandro Saiz Arnaiz
Thierry Di Manno	Dian Schefold
Laurence Folliot Lalliot	Franco Gaetano Scoca
Eduardo Gianfrancesco	Gaetano Silvestri
Pietro Giuseppe Grasso	Karl-Peter Sommermann
Natalino Irti	Federico Sorrentino
Anne-Marie Le Pourhiet	Mario Rosario Spasiano
Stelio Mangiameli	Aldo Travi

Comitato di Redazione

Flaminia Aperio Bella
Daniele Chinni
Tatiana Guarnier
Coordinatori

Marta Cerioni
Francesco Crisafulli
Guglielmo Aldo Giuffrè
Nicola Posteraro
Paolo Provenzano
Enrico Zampetti

SOMMARIO 1/2022

saggi

- Filippo Patroni Griffi, *Dal Consiglio di Stato all'istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali: una lunga storia di tutele contro il potere arbitrario* 1
- Giuseppe Severini, *Il Consiglio di Stato: specchio dello Stato di diritto* 13
- Marco Ruotolo, *Riflessioni interlocutorie su verità, fiducia e democrazia rappresentativa. Si può combattere la menzogna nel c.d. mercato politico?* 43
- Margherita Interlandi, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale* 73
- Raffaella Dagostino, *Nuovi percorsi di ibridazione fra pubblico e privato: dai modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231/2001 ai piani per la prevenzione della corruzione nella PA* 113

osservatorio

- Michele Barone, *Riflessioni sulla regolazione del mercato a partire dalla natura dei poteri sanzionatori. Il "caso Amazon"* 167

attualità

- Costanza Nardocci, *Dalla rimessione della questione di costituzionalità alla definizione del giudizio a quo "senza la Corte": verso la responsabilità disciplinare del magistrato?* 209

recensioni

- Giusi Sorrenti, *Dalla tirannia dei contemporanei alla custodia del futuro. Recensione a F.G. Menga, L'emergenza del futuro. I destini del pianeta e le responsabilità del presente, Roma 2021* 237

Filippo Patroni Griffi

DAL CONSIGLIO DI STATO ALL'ISTITUZIONE
DEI TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI:
UNA LUNGA STORIA DI TUTELE
CONTRO IL POTERE ARBITRARIO*

*“Noi siamo la memoria che abbiamo e la responsabilità
che ci assumiamo. Senza memoria non esistiamo e senza
responsabilità forse non meritiamo di esistere”.*

(José Saramago)

SOMMARIO: Premessa. – 1. Storia: dalle origini alla Costituzione, e oltre. – 2. Il giudice amministrativo oggi: dalla tutela delle libertà e dei diritti alla garanzia dei diritti sociali. – 3. Il contesto internazionale: Corti amministrative e Europa. – 4. Conclusioni: riflessioni sull’etica pubblica e sull’autogoverno.

Premessa

Memoria del passato e responsabilità per l’oggi e il domani. È nella consapevolezza di questi due concetti che ci accingiamo a riflettere sugli anniversari del Consiglio di Stato e dei Tribunali amministrativi regionali.

La storia della giustizia amministrativa è una storia di tutele. Una storia di lotta contro il potere pubblico arbitrario. E poiché il potere muta e si trasforma, le tutele e quindi la giustizia amministrativa devono adeguarsi a tali cambiamenti.

La storia del Consiglio di Stato è emblematica: nasce (almeno) 190 anni fa, come Consiglio al servizio del sovrano, si trasforma progressivamente in organo di consulenza tecnica fino a diventare, con l’istituzione della Quarta Sezione, il garante della “giustizia nell’amministrazione”, vero e proprio

* Introduzione al Convegno “Dai 190 anni dell’Editto di Racconigi ai 50 anni della legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali”, Torino, Teatro Carignano, 12 novembre 2021.

giudice che assicura la tutela della persona nei confronti del potere pubblico e la legalità dell'azione amministrativa. Un assetto confermato dalla Costituzione, che delinea il completamento del sistema giurisdizionale con la previsione della istituzione dei Tribunali regionali, e poi dalla lettura che del sistema attuale darà la Corte costituzionale con le note sentenze n. 204 del 2004, n. 190 del 2006, n. 140 del 2007 e con l'ordinanza n. 6 del 2018.

Il *fil rouge* che lega questa storia, e che si sviluppa in parallelo con la trasformazione dello Stato di diritto e del potere pubblico, è la progressiva emancipazione del Consiglio di Stato dal sovrano e la sua trasformazione in un giudice indipendente, oggi a pieno titolo inserito nel sistema, nel frattempo divenuto europeo, delle tutele nei confronti dell'illegittimo esercizio del potere pubblico.

Lo Stato di diritto nasce storicamente come evoluzione dello Stato autoritario e si caratterizza per la soggezione al diritto dei pubblici poteri, nel senso che il potere pone il diritto ma, nel momento in cui lo pone, ne riconosce la "superiorità" e vi si assoggetta. Il motto dell'assolutismo, in cui il potere è "*superiorem non recognoscens*", risulta capovolto nella transizione dallo Stato assoluto a quello di diritto. La sovranità, di cui è espressione il potere di produzione del diritto, subisce un'attenuazione, che si concretizza nella soggezione del potere al diritto posto da sé medesimo e, quindi, al giudice che del rispetto di quel diritto è il garante.

Storicamente, e tradizionalmente, questo percorso è rappresentato in termini di separazione dei poteri, affinché, secondo l'impostazione, politica più che giuridica, di Montesquieu, "il potere freni il potere". In una versione aggiornata e per certi versi semplificata del principio di separazione dei poteri, si propende oggi per una distinzione tra "istituzioni di governo e istituzioni di garanzia"¹.

È quindi naturale collocare la nascita del giudice dell'amministrazione nel passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto e la sua evoluzione in parallelo con i cambiamenti di ruolo che il potere pubblico assume nella società.

Come vedremo, ripercorrendo insieme questi 190 anni, sono cambiati luoghi e scenari – il Consiglio di Stato ha cambiato più volte sedi, seguendo la capitale d'Italia – ma mai sono venuti meno la sua centralità e il suo ruolo istituzionale, così come l'offerta costante di tutela e il ruolo di argine del potere pubblico.

¹ L. FERRAJOLI, *Sul futuro dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali*, in *Jura gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2005.

1. Storia: dalle origini alla Costituzione, e oltre

Il Consiglio di Stato che il re di Sardegna Carlo Alberto istituisce con l'editto di Racconigi del 18 agosto 1831 era una sorta di Consiglio del Re, posto alle dirette dipendenze del sovrano e da questi presieduto. I ministri potevano trasmettere gli affari da discutere e potevano intervenire alle adunanze dell'organo ma sempre su autorizzazione regia. Come è stato detto, era «un mezzo con cui la Corona era posta in grado di esercitare un certo controllo e sindacato sui suoi ministri»². Svolgeva dunque solo una funzione di consulenza alla Corona, e mai deliberativa (art. 20).

Il Consiglio di Stato sabauda si affianca e ben presto si inserisce nel sistema del contenzioso amministrativo, di derivazione napoleonica: sistema vigente, sia pure con caratteristiche proprie, nei maggiori Stati italiani (Regno di Sardegna, Regno delle Due Sicilie, Ducato di Parma e Piacenza)³.

Una prima significativa tappa dell'emancipazione del Consiglio di Stato, ancora sabauda, dal potere regio si ha con la legge Rattazzi del 1859, che sanziona definitivamente «la evoluzione del Consiglio di Stato da organo politico ad organo consultivo tecnico in materia amministrativa»⁴, con l'abolizione della presenza del re, e con l'attribuzione di funzioni di giudice, in unico grado o di ultima istanza, del contenzioso amministrativo.

Nel 1865, con l'unificazione del regno, il percorso della giustizia amministrativa e della sua specialità si interrompe con l'abolizione dei Tribunali del contenzioso amministrativo e con la istituzione anche in Italia, sul modello della Costituzione belga del 1831, di un sistema di giurisdizione unica.

Nelle aspettative della classe politica del tempo, l'unicità di giurisdizione doveva assicurare una tutela maggiore nei confronti dell'amministrazione, in quanto di essa era garante il giudice ordinario, ritenuto l'unico depositario della tutela dei «diritti civili e politici». Quella legge però si disinteressava delle situazioni che non potevano essere definite diritti,

² S. ROMANO, *La funzione e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, vol. I, Roma 1932, 1 ss., in part. 6-7.

³ Mentre un sistema assolutistico vigeva nel Lombardo-Veneto e nello Stato pontificio (secondo gli annotatori, in quest'ultimo, pur dopo la formale istituzione nel 1835 del contenzioso amministrativo); e un sistema di giurisdizione unica era presente nel solo Granducato di Toscana.

⁴ G. ASTUTI, *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, Napoli 1966, 66.

la cui tutela veniva affidata non più al giudice del contenzioso ma alla stessa amministrazione nella tradizionale sede dei ricorsi amministrativi. Si trattava pur sempre di situazioni di notevole interesse per i cittadini: attività collegate ad autorizzazioni di polizia, quali apertura di locali o autorizzazioni a svolgere determinate occupazioni, le contestazioni inerenti agli atti di un concorso pubblico, alcune materie tributarie. Queste situazioni rimanevano tutelate anche dal Consiglio di Stato, ma non come giudice bensì nella sua funzione di rendere pareri in sede di ricorso straordinario al re.

Ben presto ci si accorse che la legge del 1865, pur mossa dall'intento liberale di affidare la tutela dei diritti a un giudice terzo e imparziale, conteneva il germe di una tutela "esigua e monca"⁵. L'effetto paradossale della legge del 1865 fu che una larga parte di controversie con la pubblica amministrazione, al fine di sottrarle a un giudice speciale e non abbastanza indipendente, il giudice del contenzioso, finì per essere affidata direttamente all'autorità amministrativa, che rivestiva allo stesso tempo il ruolo di parte e di giudice. Sembra essere un destino ricorrente nei sistemi a giurisdizione unica, se, con la Costituzione del 1946, anche il Belgio torna a un sistema di doppia giurisdizione e, soprattutto, se il Paese di diritto comune per antonomasia, il Regno Unito, pur mantenendo formalmente un sistema di giurisdizione unica, riconoscerà nel secondo dopoguerra la "specialità" del *judicial review* come strumento di tutela volto a scalfire l'area insindacabile riservata all'Amministrazione (i cd. *Crown's privileges*).

Dalla consapevolezza che la svolta liberale aveva in realtà comportato un regresso nella tutela, nacque quel "movimento politico e dottrinale per la giustizia nell'amministrazione" (come lo definì Salandra) che condusse alla legge Crispi (31 marzo 1889, n. 5992), preceduta dai noti discorsi di Marco Minghetti a Napoli sulla ingerenza della politica nell'amministrazione e di Silvio Spaventa a Bergamo.

E così, poco più di 20 anni dopo la legge del 1865, nel 1889, la giustizia amministrativa riprende il suo cammino: viene istituita la Quarta

⁵ U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova 1932, 157. Lo stesso legislatore sembra essere consapevole del fatto che un simile riparto tra giudice e amministrazione lascia in balia della seconda la tutela degli interessi che non possono essere qualificati come diritti. Pasquale Stanislao Mancini, nel ribattere ai fautori del sistema del contenzioso, che gli opponevano tale mancanza di tutela, ebbe a dire testualmente "questo cittadino è stato ferito, e forse gravemente nei suoi interessi? Che cosa ha sofferto... Semplicemente una lesione degli interessi? Ebbene ch'ei si rassegni".

Sezione e ai componenti del Consiglio di Stato sono contestualmente assicurate garanzie di indipendenza dal sovrano.

Qui sta la chiave di volta del passaggio dal contenzioso amministrativo preunitario al sistema di doppia giurisdizione del 1889: non tanto la reintroduzione in sé del giudice amministrativo (che avevamo visto abolito nel 1865), quanto piuttosto la trasformazione del giudice del contenzioso, pensato nella logica interna all'apparato amministrativo, in un giudice oramai reso indipendente dal sovrano e dal potere esecutivo in genere, a garanzia dei diritti e degli interessi dei privati nei casi di esercizio illegittimo del potere pubblico.

La storia vera della giustizia amministrativa ri-comincia da qui, si sviluppa grazie all'autorevolezza del Consiglio di Stato e con il favore della Corte di cassazione che ne riconosce la natura giurisdizionale, ma anche grazie al rispetto del ceto politico, e dei governi, che riconoscono l'autorità del giudice amministrativo nel sindacare l'esercizio del potere.

La questione politica di fondo del percorso della giustizia amministrativa è il rapporto tra individuo e potere⁶ e la funzione del giudice amministrativo si evolve nel senso di assicurare in questo rapporto il rispetto della legge e la tutela dei diritti e degli interessi, mentre è la tutela della mera legalità amministrativa ad assumere progressivamente il carattere di strumentalità e "occasionalità", quasi per contrappasso rispetto alle originarie teorie sull'interesse legittimo quale interesse occasionalmente protetto.

Questo connotato caratterizzerà il Consiglio di Stato anche nel periodo più difficile dell'esercizio del ruolo di argine del potere esecutivo, durante la dittatura fascista, sotto la presidenza di Santi Romano, pur voluta da Mussolini.

Le analisi condotte sul reclutamento dei consiglieri e i contenuti dell'attività istituzionale non consentono di concludere per una fascistizzazione dell'organo. Come rileva Guido Melis, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si pone in dichiarata, se non enfatizzata, continuità con quella precedente del periodo liberale⁷, perfino nella scellerata vicenda delle leggi razziali. Se il legislatore del 1938 aveva pensato, infatti, a una

⁶ Sul tema, in una (re)prospettiva storica, restano affascinanti le pagine conclusive (spec. 123 ss.) del percorso "narrato" da W. ULLMANN, *Individuo e società nel Medioevo*, Bari 1983, percorso dal quale emerge il passaggio dal suddito al cittadino lungo la storia che va dal Medioevo all'età moderna, alla soglia del mondo contemporaneo.

⁷ F. PATRONI GRIFFI, *I pareri sull'attività normativa*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino 2004, 125.

legislazione speciale e discriminatoria sottratta a ogni scrutinio giurisdizionale (art. 26 R.D.L. n. 1728 del 1938), prima la Corte di appello di Torino (sentenza 5 maggio 1939) e poi il Consiglio di Stato (IV, decisione n. 438 del 1940) arrecano un serio *vulnus* a questo impianto, negando valore costituzionale alla legge e quindi ritenendo che essa non fosse in grado di derogare al principio generale della tutela giurisdizionale dei diritti: viene così fornita protezione ai cittadini di “razza ebraica”, mediante l’uso accorto, al limite dell’ipocrisia giuridica, di clausole e principi generali⁸.

Il senso di indipendenza dimostrato dal Consiglio di Stato nel corso dell’intero periodo fascista e, più in generale, la qualità dell’attività giurisdizionale svolta nella prima parte del Novecento furono alla base della scelta del Costituente di confermare l’esistenza dell’organo (articoli 100 e 103 Cost.). Furono così superate le proposte volte a reintrodurre in Costituzione il modello della giurisdizione unica; proposte sostenute da personalità del calibro di Calamandrei, preoccupato invero, oltre che dell’ingerenza dell’esecutivo nel giudiziario, “dell’ingerenza che il potere giudiziario può esercitare nelle funzioni amministrative”⁹.

Se dunque la Costituzione mantiene il Consiglio di Stato, nella sua duplice funzione consultiva e giurisdizionale, il sistema della giustizia amministrativa si completa con la previsione, all’articolo 125, dei Tribunali amministrativi regionali, poi effettivamente istituiti solo nel 1971, con la legge n. 1034 del 1971. Il sistema delle tutele viene così a essere composto da due giurisdizioni “parallele”, ordinaria e amministrativa, entrambe – è importante sottolinearlo – che ripetono la propria competenza da una clausola *generale* di attribuzione di potere.

Le tappe finali sono rappresentate dalla lettura aggiornata che della giustizia amministrativa dà la Corte costituzionale e dal codice del pro-

⁸ Su tale premessa, con una serie di pronunce il Consiglio di Stato: ammette il ricorso dinanzi a sé di cittadini ebrei “che continuano a essere soggetti di diritto”, sottolineando che il giudizio del Consiglio di Stato su questioni collegate all’appartenenza alla razza ebraica “non implica valutazioni di ordine politico, ma l’applicazione, solo, di rigorose norme di diritto”; ritiene che il licenziamento per motivi di razza debba essere assoggettato alle ordinarie garanzie procedurali e processuali, estendendo la legittimazione a ricorrere anche agli ebrei non italiani che risiedono nel regno; annulla la revoca dell’iscrizione universitaria di un ebreo tedesco; equipara ai fini del trattamento economico i professori universitari ebrei dispensati dal servizio a quelli di “razza ariana”.

⁹ Sul punto si veda la discussione del 9 gennaio 1947 sulla proposta dell’articolo 100 della Costituzione disponibile all’indirizzo <https://www.nascitacostituzione.it/03p2/03t3/s3/100/index.htm>.

cesso amministrativo, che danno il segno, e il senso, di un percorso che non potrà mai interrompersi – perché il giudice amministrativo *segue* il potere pubblico (e, se necessario, lo *insegue*) – ma che è giunto a una fase di assestamento di rilevanza decisiva nel sistema complessivo delle tutele.

Se già nella Costituzione il giudice amministrativo acquista una posizione di centralità “ordinaria” nel sistema delle tutele verso i pubblici poteri – per dirla con Mario Nigro, come “giudice ordinario degli interessi legittimi” in un “sistema generale di giustizia, con riferimento all’esercizio del potere pubblico” – le sopra richiamate pronunce della Corte costituzionale riconoscono la parità delle situazioni tutelate (diritto e interesse), cui deve corrispondere la parità dei giudici e delle tutele da loro offerte. Il giudice amministrativo è dunque il “giudice naturale dell’esercizio della funzione pubblica”, ovvero sia il giudice dell’amministrazione che agisca in veste di autorità.

E il codice del processo amministrativo, nel 2010, darà a questo giudice, anche sul piano normativo, quegli strumenti di “tutela piena ed effettiva”, che spesso non sono altro che la “positivizzazione” di tecniche di tutela di matrice eminentemente giurisprudenziale.

2. *Il giudice amministrativo oggi: dalla tutela delle libertà e dei diritti alla garanzia dei diritti sociali*

Quali sono i caratteri assunti oggi dalla giustizia amministrativa, allo scadere dei 190 anni del Consiglio di Stato e a 50 dall’istituzione dei Tar?

Richiamerò schematicamente due aspetti che denotano, e danno il senso di un profondo cambiamento, pur in una linea di continuità cambiamento: la funzione consultiva del Consiglio di Stato e il ruolo del giudice amministrativo oggi nel sistema delle tutele.

– La funzione consultiva del Consiglio di Stato, da supporto tecnico all’amministrazione nelle scelte anche di gestione, si è andata sempre più caratterizzando come funzione neutrale: sul piano soggettivo, perché svolta in favore non più solo del Governo ma dello Stato-comunità (Camere, Regioni, Autorità indipendenti); sul piano oggettivo, perché riguarda non più specifiche problematiche di gestione bensì l’attività normativa, la decisione dei ricorsi amministrativi al Presidente della Repubblica e la risposta a quesiti concernenti temi di grande rilevanza politica e sociale; soprattutto, sul piano della natura e delle finalità, perché si tratta di una funzione neutrale svolta nell’interesse alla legittimità dell’azione

amministrativa e, quindi, in definitiva, nella medesima posizione di terzietà richiesta al giudice. Il Consiglio di Stato resta dunque un “organo bicefalo”: giudice e consulente; ma una consulenza caratterizzata dall’essere affidata a un giudice: e la natura dell’organo si riflette sulla natura della funzione.

– Sul ruolo del giudice amministrativo oggi, va detto che la sua posizione varia, in termini generali, a seconda degli spazi consentiti ai poteri pubblici: se nello Stato liberale il giudice è il garante del diritto “senza limiti”, cioè della libertà, nei confronti dell’autorità, secondo lo schema dialettico di Giannini, la dilatazione, diretta o indiretta, dei poteri pubblici, connessa allo Stato sociale di diritto, all’intervento pubblico nell’economia e allo Stato promotore di benessere, fa sì che il giudice amministrativo divenga il garante delle pretese dei cittadini a ricevere dalle amministrazioni prestazioni in proprio favore; quindi un giudice che deve potere e sapere garantire i diritti a prestazioni amministrative, i diritti sociali, spesso di natura fondamentale, che le leggi attribuiscono alle persone¹⁰.

E così il giudice amministrativo è spesso crocevia di rilevanti questioni nel campo dell’economia e dei diritti sociali. Quanto al primo, si pensi al contenzioso in materia di appalti, di autorità di regolazione economica e di garanzia del mercato, di governo del territorio. Sui diritti sociali, si considerino i settori della salute (per esempio, in materia di vaccinazioni), dell’istruzione (ad esempio, l’insegnamento di sostegno), dei servizi sociali, dei migranti.

Se il giudice segue le trasformazioni e l’incremento dei poteri pubblici, la pandemia ha rappresentato un banco di prova impegnativo, in particolare sotto un duplice profilo: perché i poteri “invasivi” richiesti dalle misure di emergenza hanno imposto al giudice tempi immediati nelle decisioni e un accorto uso della tecnica del bilanciamento; perché i conflitti tra i diversi livelli di governo hanno richiesto, ancor prima che la Corte costituzionale intervenisse con la recente sentenza n. 37 del 2021, un richiamo ai principi della sussidiarietà e della leale collaborazione nella soluzione delle controversie tra autorità centrale e autorità locali. E posso dire che la giustizia amministrativa ha retto la responsabilità con tempestività ed equilibrio: questo vuol dire saper stare al passo con le

¹⁰ La tutela in sede giurisdizionale amministrativa è stata adeguata alla varietà dei rapporti tra cittadino e amministrazione e alla moltiplicazione dei centri di potere, attraverso la codificazione di un sistema aperto di rimedi che fanno di quella amministrativa una giurisdizione “piena”.

trasformazioni del potere, seguendole ma mai consentendo l'arbitrio o anche il semplice esercizio non corretto del potere.

3. *Il contesto internazionale: Corti amministrative e Europa*

Se si è sin qui delineato il contesto italiano, non può omettersi un riferimento ai rapporti tra i poteri nel contesto europeo, e, segnatamente, al ruolo delle Corti in Europa.

Le Corti, specie quelle amministrative, sono andate assumendo una rilevanza cruciale nella costruzione dell'ordinamento europeo.

Grazie al meccanismo triangolare, la Corte di giustizia trasforma le tradizioni costituzionali comuni in principi di diritto europeo, che, insieme con i diritti fondamentali come configurati dalla Corte EDU, diventano strumenti omogenei di sindacato sui pubblici poteri da parte delle Corti amministrative nazionali, dando vita a una protezione convergente dei diritti, i quali, in ultima analisi, delineano uno statuto comune di cittadinanza europea.

Il dialogo orizzontale tra Corti amministrative dei Paesi membri, poi, dà corpo a questa cittadinanza europea in ogni singolo Stato ad opera dei propri giudici, che perciò devono restare indipendenti; è questo il motivo per cui la nostra presidenza dell'Associazione tra i Consigli di Stato e le Corti Amministrative Supreme dell'Unione europea ha voluto concentrare il confronto tra Corti proprio sul dialogo orizzontale e sull'applicazione concreta delle tutele nei confronti dei pubblici poteri nei Paesi membri.

4. *Conclusioni: riflessioni sull'etica pubblica e sull'autogoverno*

Il giudice, pur indipendente e imparziale, non è né può essere lo spettatore al sicuro che osserva una nave nel mare in tempesta, che ritroviamo nel proemio del secondo libro del *De rerum natura* di Lucrezio.

C'è un tema di fondo cui nessuna "parte" della comunità può sottrarsi: è il discorso dell'etica pubblica.

Max Weber, nel celebre saggio *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo* (1905), evidenzia come l'etica pubblica della società capitalista si basi sul dovere professionale, e cioè sul legame che l'individuo, nella sua professione, sente nei confronti della comunità. Nasce dunque

dall'incontro tra l'etica e la sfera pubblica, denota, in qualche modo, "la moralità delle istituzioni" (per parafrasare Sebastiano Maffettone)¹¹ e presuppone un atteggiamento pro-attivo, un impegno nella comunità ciascuno per il proprio ruolo.

Per far ciò è necessario che noi giudici amministrativi per primi assumiamo la responsabilità del ruolo che svolgiamo. Un ruolo che entra nella vita quotidiana degli individui e delle imprese, che richiede una costante cura della nostra competenza professionale. Per il giudice l'etica pubblica è e deve essere cultura della giurisdizione, fondata su terzietà e imparzialità, che non significano separatezza e autoreferenzialità. L'etica perciò richiede apertura al confronto, nel processo e al di fuori di esso: il confronto ci migliora, mentre le chiusure, specie quelle corporative, ci impoveriscono, ci isolano e ci distaccano progressivamente dalla realtà.

Per usare la formula sintetica di Ferrajoli¹², le massime deontologiche che dovrebbero guidare il giudice nel processo sono: "la consapevolezza del carattere sempre relativo ed incerto della verità processuale, la prudenza nel giudizio, la disponibilità all'ascolto di tutte le diverse e opposte ragioni". In una, direi, l'arte del dubbio nella consapevolezza del dover decidere.

L'imparzialità del giudice richiede un processo di neutralizzazione delle proprie convinzioni, di distacco dalle proprie esperienze; impone un uso sobrio e moderato dei *social media*, come di recente stabilito dal Consiglio di presidenza. Richiede, insomma, terzietà e indipendenza sostanziale.

Una indipendenza esterna, certo. E l'autonomia dei giudici è un dovere che il legislatore deve preservare, nella cornice costituzionale.

Ma anche indipendenza interna, che costituisce un valore non disponibile e che sta all'organo di autogoverno assicurare.

Una menzione specifica va fatta, a questo punto, dell'associazionismo in magistratura. È un fenomeno storicamente positivo, perché favorisce il dibattito, pone a confronto visioni anche diverse della professione, dell'etica, della giurisdizione, consente di aprire la "categoria" alla società. Ma l'associazionismo non può condurre alla sindacalizzazione di ogni aspet-

¹¹ La definizione si deve a S. Maffettone – che parla di etica pubblica come "forma di autocomprensione critica e collettiva" di una società o meglio di una comunità – ed è presente in *Etica pubblica. La moralità delle istituzioni nel terzo millennio*, Milano 2001 come riportata in D. SISTO, *Etica pubblica*, in *Lessico di etica pubblica* disponibile su <http://www.eticapubblica.it/wp-content/uploads/2014/10/ETICA-PUBBLICA-Sisto.pdf>.

¹² L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, Bologna 2013, 15.

to della vita del magistrato, dalle carriere agli incarichi, esterni e interni alla giurisdizione, ai profili disciplinari. Va insomma evitato un associazionismo autoreferenziale verso l'esterno, declinato nella rivendicazione del proprio valore per il solo fatto che si "è", e, all'interno, fondato su logiche meramente distributive che prescindono dal merito delle persone e delle questioni.

Dall'associazionismo all'autogoverno il passo è breve, fin troppo per la verità. Il nostro Consiglio di presidenza ha, anche rispetto ad altre magistrature, una composizione fortemente rappresentativa su base elettiva. Può essere una peculiarità positiva, ma vanno evitate le possibili degenerazioni, quali l'assunzione di decisioni fondate sulla logica dell'appartenenza e su rapporti meramente personali.

Il governo autonomo della magistratura è una prerogativa di noi magistrati che deve assicurare il fine istituzionale per cui la Costituzione lo contempla: garantire l'indipendenza interna ed esterna, della magistratura nel suo complesso e del singolo magistrato. Guai a servirsene per finalità meramente sindacali sganciate da ogni logica istituzionale: il governo autonomo della magistratura non può trasformarsi in governo corporativo della magistratura, dando concretezza ai timori già espressi da Mortati e Nigro.

La rappresentatività non può essere messa in discussione, ma nemmeno può operare come un grimaldello per scardinare il profondo senso istituzionale, e non sindacale, della funzione di governo autonomo della magistratura. La magistratura e i singoli magistrati meritano di essere governati dall'organo di governo autonomo, non dalle associazioni di categoria. Personalmente credo, sotto tale profilo, che sia giunto il momento di rimeditare la realtà dell'autogoverno, non certo per questionarne la valenza costituzionale, ma semmai per porre rimedio a evidenti degenerazioni del suo funzionamento e per ricondurlo a una logica istituzionale che lo sottragga a quella sindacale e corporativa. Di ciò il legislatore penso che dovrebbe farsi carico, anche per la nostra magistratura.

Concludo.

Il Consiglio di Stato, tradizionalmente, e la magistratura amministrativa in generale, sono stati sempre considerati serbatoi di eccellenza, un'eccellenza basata sul merito. I canali di accesso confermano una selezione meritocratica fondata su più concorsi pubblici o sul servizio reso allo Stato nelle carriere più prestigiose, un'età media anche nella giurisdizione di vertice significativamente più bassa rispetto alle omologhe Corti, una provenienza geografica e sociale diversificata. Siamo consape-

voli di dover mantenere alto quel prestigio che la giustizia amministrativa ha progressivamente acquisito nella storia delle tutele nel nostro Paese: non possiamo però considerarci titolari di una rendita di posizione, oggi meno che mai, e ci si richiede piuttosto un impegno serio e costante.

Solo così quella della giustizia amministrativa potrà continuare a essere una “storia di continuità in perenne trasformazione”, in cui il Consiglio di Stato nel suo lungo cammino – e da cinquanta anni la giustizia amministrativa tutta – è sopravvissuto a mutamenti storici radicali, non solo in Italia, proprio per questa capacità di adattarsi alle esigenze di tutela, mutevoli sul piano ideologico e sul versante storico. L’elemento di continuità, in questo itinerario, è costituito dalla costante attenzione a coniugare la tutela dei diritti e la garanzia del bene collettivo nell’esercizio del potere pubblico, certamente contro l’arroganza del potere pubblico, ma anche contro l’invasività degli interessi di parte.

Giuseppe Severini

IL CONSIGLIO DI STATO:
SPECCHIO DELLO STATO DI DIRITTO*

SOMMARIO: Introduzione. – Parte I: tra agosto e settembre 1831. – Parte II: il secolo e mezzo intermedio. – Parte III: l'ultimo trentennio.

Introduzione

1. Dante Alighieri, ne la *Vita nova*, ricorda senza nominarle le *Istituzioni* di Giustiniano e scrive: “*li nomi seguit[a]no le nominate cose, sì come è scritto: «Nomina sunt consequentia rerum»*”¹.

In effetti, con un medesimo nome si dovrebbe, almeno in principio, intendere la medesima cosa. Il rapporto tra parole e fattispecie è determinante per il diritto, che fonda la sua sicurezza su identificazione chiara e rappresentazione uniforme dei precetti: e non a caso quel passaggio è uno dei riferimenti della sistematicità logica e linguistica, e così del primato, del diritto romano.

Però se si considera l'espressione «*Consiglio di Stato*» e se ne muove un'analisi comparativa si ha difficoltà a rinvenire la corrispondenza tra *nomen* e *res*. Anzi, presto ci si avvede che la ripetizione di questo *nomen* tende a non corrispondere al medesimo istituto.

È questo, del resto, un fenomeno non infrequente nell'esperienza di

* Relazione al Convegno “Dai 190 anni dell’Editto di Racconigi ai 50 anni della legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali”, Torino, Teatro Carignano, 12 novembre 2021.

¹ D. ALIGHIERI, *Vita nova*, XIII, 4; *Iustin. Inst.*, II, 7, 3: “*nos [...] consequentia nomina rebus esse studentes [...]*”. Il ragionamento giuridico opera non *ante legem*, in modi nominalistico-deduttivi, ma *post legem*, in termini realistici e induttivi: *nomina sunt consequentia rerum* (com'è del pensiero logico, che connette i dati di esperienza) e non *res sunt consequentia nominum* (com'è del pensiero magico-simbolico, che attribuisce capacità performativa a formule e nomi).

diverse istituzioni. Raramente collimano in un medesimo tipo ideale. La dinamica della loro concretezza riflette la mutevole realtà storica e sociale in cui si trovano a operare. È quella, non il nome, a modellarne e rimodellarne lo spessore effettivo.

Sicché è buona regola guardare all'evoluzione storica del loro specifico contesto per identificare l'autentico significato, la portata reale del significante.

L'espressione "*Consiglio di Stato*" è di quelle che, insegna l'esperienza, possono avere molti significati. Vediamo cos'è avvenuto, per darle corpo, alla sua origine e poi nel tempo, soffermandoci in particolare sugli ultimi decenni.

Parte I: tra agosto e settembre 1831

2. Per cercare di cogliere meglio questa polisemia è bene guardare anzitutto nella dimensione dello spazio.

In effetti, oggi a Torino – dove, a Palazzo Carignano, sono passati ormai centonovant'anni dalla prima seduta del 4 novembre 1831 – con "*Consiglio di Stato*" intendiamo un qualcosa che figuriamo piuttosto simile a quel che s'intende a Parigi, a quasi ottocento chilometri di distanza.

Però se ci spostiamo di meno, a un cento o duecento chilometri, nei cantoni svizzeri del Vallese o del Ticino – e in Ticino nella stessa lingua italiana –, "*Consiglio di Stato*" sta per il governo direttoriale del Cantone. E in quest'altra accezione di "governo", l'espressione è assunta anche, ad esempio, in Norvegia, in Svezia, in Finlandia; come lo era nelle democrazie popolari² e ancor oggi lo è, con varie declinazioni, in Russia, in Cina, in Corea del Sud.

Sono Paesi dove, dall'Ottocento, si è andata sviluppando un'altra significazione: che muove dalla e fa perno sulla *rappresentatività*, dunque sulla *politicalità* dell'istituzione.

In effetti, la locuzione, nel senso che noi le diamo, trova corrispondenza, e di massima, soltanto in Francia, Belgio, Olanda, Grecia e Turchia. Altrove – come in Spagna (dal 1978), Portogallo (dal 1983) e Lussemburgo (dal 1996) – intende un organo meramente consultivo del governo³.

Il paradigma di quell'altra significazione, e della sua trasformazione-

² Ad es., nella Repubblica Popolare di Polonia, *Rada Państwa*, o nella Repubblica Popolare Romana.

³ In Spagna e in Lussemburgo, oggi deriva dalla separazione delle funzioni di giusti-

ne, ha forse avuto la più chiara manifestazione in Prussia: il *Preußischer Staatsrat* nacque nel 1817 sul modello napoleonico di organo consultivo del re per la formulazione delle leggi; ma il suo carattere rappresentativo venne via via accentuato fino a passare a indicare un organo legislativo, la camera alta del *Freistaat Preußen* al tempo della Repubblica di Weimar. E così è oggi in Slovenia (*Državni svet*).

Se dunque il significato della locuzione varia nello spazio, è dato ancora più rilevante che varia nel tempo, all'interno di un ordinamento: ne rispecchia la trasformazione complessiva. Il che vale per tutti i consigli di Stato, a partire dal francese, che solo dal 1872 divenne definitivamente anche giudice e così si trasformò.

Il nominalismo insomma suggestiona ma è decettivo. Insegnava Alexis de Tocqueville riguardo all'*Ancien Régime* francese⁴ che le istituzioni non restano ferme davanti al divenire della storia ma vi si riferiscono e ne sono progressivamente trasformate; se nelle forme esteriori rimangono le medesime, lentamente mutano la ragion d'essere e l'effettività⁵.

Qui interessa considerare che quest'evoluzione è funzione delle tendenze di fondo che connotano e trasformano l'ordinamento vivente. Ne proietta l'investitura legittimante e la ragione del suo operare.

In effetti, come vedremo, il *Consiglio di Stato* qual era immaginato il 18 agosto 1831 quando Carlo Alberto firmò l'*Editto di Racconigi*, almeno in potenza incorporava anche la via poi presa e portata avanti in Europa centro-orientale. Infatti, diversamente da quanto di solito s'immagina, il *Consiglio di Stato* piemontese non nacque per replicare a Torino il modello di Parigi, che anzi, un anno prima – negli ultimi mesi del regno di Carlo X e gli inizi della monarchia di luglio – aveva attraversato una fase seriamente critica e ora si stava rilegittimando⁶.

zia amministrativa, conferite a una neoistituita *corte amministrativa suprema* (a sé o come parte semi-separata della corte suprema giudiziaria).

⁴ E al *Conseil du Roi*, via via divenuto il *Conseil d'Etat* prerivoluzionario. L'espressione *Conseil d'Etat* apparve nel 1578, sotto Enrico III. Fu ripresa dall'art. 52 della Costituzione dell'Anno VIII (del Consolato: 13 dicembre 1799) che istituì il *Conseil d'État* napoleonico. Nel 1849 ebbe dalla Seconda Repubblica effimere funzioni contenziose (di "giustizia delegata" «*au nom du peuple français*»), tolte dal Secondo Impero (che ritornò alla "giustizia ritenuta"), ma riacquistate in via pretoria con il *recours pour excès de pouvoir* – cioè per annullamento di un atto illegittimo – e poi ufficializzate dalla legge 24 maggio 1872 che gli attribuì definitivamente la *giustizia delegata*.

⁵ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, I, IV, Paris 1967 (1856), 72.

⁶ Va considerata la situazione critica in cui si trovava giusto in quelle settimane – ma già dal febbraio-marzo – il *Conseil d'Etat*, nell'incipiente monarchia di luglio, quando sembravano prevalere le voci favorevoli al suo scioglimento per essere stato troppo vicino

Nondimeno, il *Consiglio di Stato* piemontese venne, quasi sul nascere, espressamente allontanato dalle pur marginali connotazioni rappresentative verso cui l'Editto apriva, per risultarne centrato sulla dimensione professionale e tecnico-giuridica. La variazione è stata essenziale: in prospettiva lo ha posto alla base della realtà della sottoposizione alla legge dell'azione amministrativa e nel tempo ne ha fatto così un elemento centrale di quanto ormai, da più d'un secolo⁷, chiamiamo *Stato di diritto*; lo specchio in cui – nella dimensione del tempo – si sono riflessi i modi preminenti del vaglio di legittimità dell'azione amministrativa.

3. Dopo le vicende del 1831, nel corso della sua quasi bisecolare storia il nostro Consiglio di Stato si è spesso avvicinato al modello francese e ne ha rappresentato la formula forse più prossima, seppur con piccole e talora significative difformità⁸ dovute per lo più alle rispettive costituzioni, formali e materiali.

Quest'attitudine generale alla trasformazione dell'Istituto in funzione della trasformazione dell'ordinamento era apertamente rilevata nel 1931 dal Presidente Santi Romano che, nel celebrarne il centenario, indicava come nell'evoluzione del Consiglio di Stato fossero “[...] interessanti [...] i vari atteggiamenti che [...] ha assunto, pur quando, [...] immutato il suo ordinamento formale, si è in realtà modificato il suo funzionamento, in rapporto e in coordinazione con quello delle altre istituzioni, con le quali esso è intimamente e indissolubilmente legato”⁹.

Ma già alla fine dell'800 era ormai chiaro che “nessun altro istituto di diritto pubblico presenta nella sua storia sì profonda varietà di caratteri come il Consiglio di Stato”, in ragione della “*varia indole del diritto pubblico interno di ciascun paese, specie riguardo alla divisione dei poteri pub-*

a Carlo X: cfr. J.-P. CHALINE, *Le Conseil d'État de 1830 à 1848*, in *La Revue administrative*, 1998, 9 ss. Recentissima era poi la Costituzione belga del 7 febbraio 1831.

⁷ La prima teorizzazione del *Rechtsstaat* si deve a R. v. MOHL, *Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*. Tübingen 1833; *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Enke, Erlangen 1855-58; Cfr. P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, Milano 2002; R. BIN, *Lo Stato di diritto*², Bologna 2017.

⁸ Il “*premier rôle*” del *Conseil d'Etat* è stato fino a poco fa considerato quello di consigliare il governo. Cfr. Y. MENY, “*Conseil d'Etat*”, *Consiglio di Stato: imitazione o divergenze parallele?*, in *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, a cura di Y. Meny, Bologna 1994.

⁹ S. ROMANO, *La funzione e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, vol. I, Roma, 1932, 4.

blici, ai loro vicendevoli rapporti e alla materia del contenzioso”¹⁰. Infatti “l’istituzione non è propria di un reggimento politico determinato, ma vive negli ordinamenti costituzionali più diversi” e già “nei primi stadi della sua evoluzione storica [...] presenta, di regola, in ogni paese, il carattere promiscuo di organismo politico, giudiziario, amministrativo”¹¹.

Così, ai tempi nostri, Sabino Cassese scrive icasticamente che dal 1831 la continuità dell’organo “si accompagna [...] [al]la discontinuità del ruolo e delle funzioni”: perché vi si riflettono “le principali tendenze del pensiero politico e degli indirizzi governativi”; “il Consiglio di Stato ha attraversato indenne almeno sei diversi assetti costituzionali”¹². Nel che la sua “straordinaria capacità di cambiare, rispondendo alle esigenze dei diversi contesti storici”¹³.

4. Come si è accennato, questo spostamento era percepito come possibile sin alla nascita e subito creò divergenze: speranze da un lato e preoccupazioni da un altro. In effetti, nel testo originario dell’*Editto di Racconigi* si intravedevano – a seconda della posizione rispetto alle istanze del *costituzionalismo*, che della limitazione del potere regio e del principio rappresentativo faceva i propri obiettivi¹⁴ – possibili diversità di significato e di prospettiva. Le divergenze si manifestarono e quelle oppositive reagirono in modo concludente già prima della prima convocazione, che avvenne il 4 novembre. Nel giro di poche settimane, infatti, al neoistituito organo fu impressa una torsione e l’annullamento della potenzialità rappresentativa che appariva poter incorporare. Il che avvenne con il mezzo formale delle *Regie lettere patenti* del 13 settembre 1831 «per le quali S.M. ordina alcuni provvedimenti per rispetto al Consiglio di Stato creato col Regio Editto del 18 Agosto 1831». Si trattava di una sorta

¹⁰ L. ARMANI, *Il Consiglio di Stato. Ricordi storici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano 1897-1932, I, 1897, 764.

¹¹ L. ARMANI, *Il Consiglio di Stato*, cit., 800.

¹² S. CASSESE, *Governare gli italiani*, cit., 195 [cap. IX – *Continuità e fratture nella storia del Consiglio di Stato*], 19. Precisamente: 1) lo Stato pre-costituzionale; 2) lo Stato parlamentare; 3) il periodo liberale; 4) il periodo fascista; 5) il periodo costituzionale; 6) la (attuale) fase *cripto-presidenziale*.

Ed è stato: 1) organo politico (1831); 2) organo terzo (1848); 3) organo giurisdizionale; 4) vivaio di amministrazioni.

¹³ Ivi, 203.

¹⁴ L’aspirazione a una “costituzione” scritta – per il vero, senza molte specificazioni quanto i contenuti – era il motivo ritornante di tutte le attese risorgimentali fino al 1848-49, quando si tradusse in varie realtà. Lo rendeva naturale, di fronte al ripristino dell’assolutismo, la prima funzione di una qualsiasi costituzione, il limitare il potere regio.

di revisione parziale dell'*Editto*, sollecitata dagli ambienti più retrospettivi, che in pratica ne cassava quelle implicazioni. Ma, paradossalmente, sarà proprio questa restrizione a farne un organo tecnico centrale nell'assetto pubblico piemontese prima, italiano poi. E già qualche lustro dopo, nel 1848, lo salverà dall'essere sopravanzato dal parlamento statutario e dunque dalla soppressione.

L'*Editto* era stato emanato dal giovane e appena salito al trono Carlo Alberto¹⁵, inteso a qualificare con un tale atto la novità del suo regno¹⁶: e si può immaginare in rapporto alla costituzione che dieci anni prima, poco più che ventenne, aveva concesso durante la sua breve e casuale reggenza¹⁷.

Va considerato un dato centrale nel contesto di allora: il neoistituito *Consiglio di Stato* dell'*Editto* non veniva a confrontarsi con – in Piemonte inesistenti – camere rappresentative ma con il governo, di cui veniva a costituire un bilanciamento e uno strumento di controllo regio. È stato detto che l'*Editto* era, in un'incipiente prospettiva di pesi e contrappesi, una sorta di “*iniziativa costituzionale di matrice regia*”¹⁸. Il che, dopo i moti liberali di allora, ne marcava il significato di autolimitazione sia del potere sovrano che di quello ministeriale.

L'*Editto* in effetti figurava il Consiglio di Stato come presieduto dal Re e «*presso la [sua] persona*» (cioè, non al lato o in ausilio dei ministri), con un vicepresidente, quattordici membri, un presidente per ciascuna delle tre sezioni; era previsto dare il parere su tutte le proposte legislative e regolamentari e «*su tutto ciò che riguarda il mantenimento dell'ordine*

¹⁵ Carlo Alberto, nato nel 1798, era salito al trono il 27 aprile 1831.

¹⁶ F. SALATA, *Re Carlo Alberto e l'istituzione del Consiglio di Stato. Propositi politici e riflessi diplomatici. Con note e documenti inediti*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, I, Roma 1932, 28.

¹⁷ Dopo il congresso di Lubiana, il 10 marzo 1821 vi era stata l'insurrezione di reparti militari alla Cittadella di Alessandria – seguiti poi da altri a Torino, Vercelli ed Aosta – che issarono il Tricolore chiedendo una costituzione come la spagnola del 1812. Il 13 marzo Vittorio Emanuele I preferì abdicare in favore del fratello Carlo Felice, al momento a Modena, piuttosto che concedere la “costituzione di Cadice” reclamata da quel *Pronunciamento*. Il reggente Carlo Alberto, nei dubbi, premuto dai Federati e mettendo a rischio la sua successione al trono concesse la Costituzione e nominò un governo provvisorio con Santorre di Santarosa ministro della guerra. Ma le potenze della Quintuplice Alleanza, dei congressi cioè di Troppau e di Lubiana, egemonizzate da Metternich decisero l'intervento con spedizione militare e Carlo Felice intimò a Carlo Alberto di raggiungere Novara per unirsi e fare ammenda. Il nuovo re Carlo Felice dichiarò nulla la costituzione. Cfr. recentem. F.G. SCOCA, *Risorgimento e Costituzioni*, Milano 2021, 70 e ss.

¹⁸ M. MERIGGI, *Gli stati italiani prima dell'Unità. Una storia istituzionale*, Bologna 2002, 169, che dice la *monarchia consultiva* di derivazione metternichiana.

stabilito dalle Leggi, dagli Editti e dai Regolamenti», sul bilancio dello Stato, sui conflitti di competenza tra i ministeri, sui conflitti di giurisdizione, la politica economica e fiscale, il diritto internazionale privato, il debito pubblico.

In nuce, dunque, il Consiglio di Stato appariva come un organo connotato dall'indipendenza dai ministri (che potevano partecipare alle sedute solo su autorizzazione regia): e anzi atto appunto a un controllo regio sull'operato dei ministri stessi, dotato anche un proprio potere di assumere informazioni presso le amministrazioni.

Ma – e questo divenne subito il tema controverso – l'Editto lo figurava anche in un una possibile formazione straordinaria detta “*consiglio compiuto*”, integrato da alcune figure rappresentative per rendere il parere su qualsiasi oggetto stabilito di volta in volta dal Re.

In sintesi, l'Editto figurava tre livelli possibili di formazione del Consiglio di Stato:

a) un livello per così dire ordinario.

b) un livello di Consiglio “straordinario”, il “*Consiglio compiuto*”: integrato da due cavalieri dell'Ordine dell'Annunziata, due vescovi e due rappresentanti per ogni amministrativa “divisione militare” (cioè: provincia) e per rendere il parere su qualsiasi oggetto stabilito di volta in volta dal Re. Questi consiglieri di Stato duravano in carica solo un anno. Il che, per quanto in termini minimi e su scelta dall'alto, implicava una qualche potenzialità di rappresentatività territoriale.

c) un ulteriore livello: integrato con, a discrezione – in via straordinaria e eccezionale – del Re, *consiglieri “aggiunti”* per singoli ed espressi argomenti¹⁹.

L'Editto insomma rappresentava non solo un superamento di quell'assolutismo che era particolarmente retrospettivo nel Piemonte della Restaurazione; ma anche un nuovo strumento di un contenimento e verifica dell'operato dei componenti del l *Consiglio di conferenza*²⁰, cioè i ministri: la fine del neoassolutismo.

In sostanza, come si è accennato, quale “*organo parallelo all'esecutivo*”, il Consiglio di Stato era un “*organo costituzionale*” che modellava “*una sorta di dualismo*” con i ministri²¹. Sicché l'Editto era davvero “*la*

¹⁹ G.S. PENE VIDARI, *Il Consiglio di Stato albertino: istituzione e realizzazione*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano 1983, 38.

²⁰ Istituito nel 1818, sorta di organo collegiale di governo, presieduto dal Re.

²¹ S. CASSESE, cit., 196. “*Un mezzo con cui la Corona era posta in grado di esercitare un*

prima fondamentale tappa di una evoluzione che mutò profondamente l'assetto del Regno"²².

È facile dunque comprendere che – visto il contesto e considerato il rilievo sui ministri – quello originario dell'*Editto* poteva recare, almeno in potenza, i semi propri di un Consiglio di Stato altro da quello che poi è divenuto. In quel testo originario – in particolare nel *Consiglio* "straordinario" o "compiuto"²³ figurato come, in potenza, "la sembianza di un piccolo Parlamento"²⁴ – si poteva effettivamente paventare l'idea di un Consiglio "politico"²⁵, diverso da quello del *Conseil d'Etat* della Restaurazione francese: e così temere un organo aperto a una qualche rappresentatività, quand'anche non elettiva e su scelta dall'alto. Se è consentita l'ipotesi, non è da escludere che se tale fosse rimasto, avrebbe potuto evolvere nel senso di uno *Staatsrat* dell'Europa centro-orientale.

A quel modello veniva infatti rapportata questa pur vaga rappresentatività; non alla Francia della Restaurazione che era dotata di due camere rappresentative, benché censitarie, già grazie alla *Constitution octroyée* da Luigi XVIII nel 1814: la sola davvero in vigore in Europa, ispirata al *souci de réconciliation* e all'oblio, dove si temperava il monocameralismo liberale della Costituzione di Cadice del 1812 con una Camera alta riservata ai *Pari*, sul modello inglese; e che il 14 agosto 1830 era stata sostituita dalla Carta costituzionale della *monarchie de Juillet*, anch'essa comunque bicamerale.

Ma a Torino e nelle altre capitali italiane ogni passo verso quella direzione appariva sospettabile agli influenti rappresentanti delle tendenze più intransigenti, che nel pur vasto e talora contraddittorio mondo della Restaurazione europea esprimevano le posizioni più estreme. Ai sovrani italiani del tempo, invero, "appariva profondamente estranea" "l'idea di base del costituzionalismo della Restaurazione d'oltr'Alpe", cioè "che lo Stato fosse sottoposto al diritto e che pertanto il sovrano, concedendo una

certo controllo e sindacato sui suoi ministri"; cfr. S. ROMANO, *La funzione e i caratteri del Consiglio di Stato*, cit., 6 ss.

²² M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'Antico Regime all'Unità*, Torino 1999, 152.

²³ F. SALATA, *Re Carlo Alberto e l'istituzione del Consiglio di Stato*, cit., 43 e 47.

²⁴ F. SALATA, *Re Carlo Alberto e l'istituzione del Consiglio di Stato*, cit., 58 e 68; G. LOMBARDI, *Il Consiglio di Stato nel quadro istituzionale della Restaurazione*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano 1983, 84.

²⁵ S. CASSESE, *op. cit.*, 196.

carta costituzionale accettasse la limitazione del proprio potere²⁶. Non solo: l'idea stessa di un'innovazione appariva contrastante un tema fondamentale del legittimismo, vale a dire che le istituzioni fondanti del Regno dovessero rimanere quelle consegnate dalla Tradizione, senza indulgere a innovazioni riconducibili a un'opposta idea²⁷.

In effetti, la formula preminente e attuata era quella della mera *monarchia amministrativa*²⁸: replicante sì i non rinunziabili modelli napoleonici di unitarietà e uniformità dell'amministrazione²⁹, che anzi rinforzavano e rendevano più agile il potere regio; però con un livello politico e di sistema remoto sia dalla rappresentanza politica, sia dalla separazione dei poteri. La *monarchia amministrativa* in sostanza costituiva, dal punto di vista politico, l'aggiornamento razionalizzante dell'assolutismo. Nel Piemonte fino al 1831, la mancanza di assemblee rappresentative ne era il perno, in un contesto caratterizzato anche nelle forme da tratti marcatamente neoassolutistici, voluti da Vittorio Emanuele I e poi ribaditi da Carlo Felice, sui quali ampia è l'aneddotica.

Questo è il contesto in cui si staglia la portata innovatrice dell'*Editto*³⁰.

²⁶ Cfr. C. GHISALBERTI, *Dall'Antico Regime al 1848*, Roma-Bari 1974, 123, che prosegue dicendo: "Di più la definizione di un sistema parlamentare fondato su una sia pur limitata rappresentanza elettorale a base censitaria e sulla divisione del potere legislativo tra il re e le due Camere sembrava la negazione di quel principio monarchico ancora identificato da loro con l'assolutismo"

²⁷ Esemplare è l'incipit del *Saggio sul principio generatore delle costituzioni e delle altre istituzioni umane* (1814) del savoiardo Joseph DE MAISTRE, ministro reggente la Gran Cancelleria del Regno di Sardegna fino alla scomparsa (febbraio 1821): "Uno dei grandi errori di un secolo che li professò tutti, fu di credere che una costituzione politica potesse essere scritta e creata a priori, mentre ragione ed esperienza si uniscono per dimostrare che una costituzione è un'opera divina e che proprio ciò che vi è di più fondamentale e di più essenzialmente costituzionale nelle leggi di una nazione non potrebbe mai essere scritto".

²⁸ Secondo la formula tipica degli ambienti italiani della Restaurazione, per cui lo Stato deve perseguire finalità meramente amministrative, per i cui scopi ben potevano conservarsi, o replicarsi, i condivisibili – unitari, centralizzanti e uniformi – apparati amministrativi dell'epoca napoleonica: C. GHISALBERTI, *Dall'Antico Regime al 1848*, cit., 124.

²⁹ Per lo Stato Pontificio, v. il *motu proprio* del Pontefice Pio VII del 6 luglio 1816, *Sull'organizzazione dell'amministrazione pubblica*, che nel preambolo affermava: "Noi riflettiamo in primo luogo, che la unità, ed uniformità debbono esser le basi di ogni politica Istituzione, senza delle quali difficilmente si può assicurare la solidità de' Governi, e la felicità de' Popoli; e che un Governo tanto più può riguardarsi come perfetto, quanto più si avvicina a quel sistema di unità stabilito da Dio tanto nell'ordine della natura, quanto nel sublime edificio della Religione".

³⁰ "era evidente intendimento del sovrano piemontese [...] quello di dar vita a un organo consultivo capace di rappresentargli i veri interessi dello Stato, [...] e, in armonia con l'orientamento prevalente della conservazione illuminata ispirata dalla corte di Vienna e dal

5. In effetti, il Consiglio di Stato dell'*Editto* albertino rappresentava un temperamento possibile del precedente, rigido assetto neoassolutistico. Applicava quella formula della *monarchia consultiva* che temperava la *monarchia amministrativa* attraverso organi formati, su nomine degli stessi principi, con saggi di loro fiducia ma anche prudenti conoscitori delle esigenze delle loro popolazioni³¹, capaci di illuminare il sovrano per politiche corrispondenti ai bisogni dei territori di cui, in qualche modo, erano rappresentativi.

Questa formula sintetizzava la nuova idea additata – vuoi per il livello locale che per quello centrale – già da dieci anni, a seguito del *congresso di Lubiana* (gennaio 1821), dell'imperiale *Staatskanzler* (dal 25 maggio 1821) Klemens von Metternich: era mossa dall'evidente insostenibilità, da lui stesso ravvisata dopo i moti del 1820, del rigido neoassolutismo dei principi italiani. Il modello già era stato attuato nel Regno Lombardo-Veneto con le *Congregazioni centrali* e, dopo i moti del 1820-21, ripreso a Napoli e Palermo con l'istituzione delle due *Consulte di Stato*, il cui parere era comunque non obbligatorio³²³³.

6. Perciò identificare la nascita formale del *Consiglio di Stato* nell'*Editto di Racconigi* del 18 agosto 1831 resta certo corretto quanto a ricorrenze: ma non è sufficiente a ricostruire la realtà dell'impronta concreta data all'istituzione, che deve piuttosto l'avvio del suo percorso, come la

Metternich, capace di surrogare nell'ordinamento dello Stato all'assenza della rappresentanza politica": C. GHISALBERTI, *Dall'Antico Regime al 1848*, cit., 135.

³¹ Cfr. A. PEZZANA, *Le derivazioni italiane del Consiglio di Stato napoleonico e le loro influenze sul Consiglio di Stato piemontese del 1831*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma 1981, 1261.

³² In questa formula "il re era e restava l'unico titolare della sovranità, ma per determinate questioni politiche – pur nella libertà delle sue scelte finali – poteva farsi assistere e consigliare da un apposito organo di «tecnic» di altro prestigio"; era questa "sul piano diplomatico [] un'apertura a scelte già attuate e quasi consigliate nell'area asburgica". In realtà, "le soluzioni della monarchia «consultiva» non erano [] le più «chiuse», ma neppure le più «pericolose», se ricordiamo tra i suoi fautori un uomo «prudente» come il Metternich": G.S. PENE VIDARI, *L'istituzione del Consiglio di Stato (18 agosto 1831)*, in *Studi Piemontesi*, X, nov. 1981, 337 ss.; ID., *Il Consiglio di Stato albertino: istituzione e realizzazione*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano 1983, 23; M. MERIGGI, *Gli stati italiani prima dell'Unità*, cit., 169.

³³ Per il particolare caso del Consiglio di Stato del Ducato di Parma, Piacenza e Guastalla, di influenza francese, v. recentem. D. GRANARA, *Il Commentario di Giovan Battista Niccolosi al Codice di Procedura Amministrativa e i problemi attuali del processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, n. 2/2014.

una lunga durata, alla messa a punto compiuta dalle *Regie lettere patenti* del 13 settembre 1831.

Queste *Regie patenti*, nel dare attuazione all'*Editto*, su sollecitazione di quelle componenti retrospettive ne vanificavano la convocazione in "*consiglio compiuto*" (cioè: adunanza generale)³⁴: stabilirono infatti che per la sua convocazione si sarebbe emanata una «*successiva risoluzione*». Si trattava, praticamente un rinvio *sine die*³⁵, mediante una sorta di interpretazione autentica che depotenziava il precipitato *Editto* di agosto. Ma, mentre ne paralizzavano la prospettiva politico-rappresentativa, con una vera e propria eterogenesi dei fini mettevano le basi perché potesse svilupparsi come un organo ausiliario di governo, dal carattere eminentemente tecnico³⁶: uno strumento essenziale per poi ottenere, fuori dalla politica, che l'azione amministrativa si conformi alla legge.

Insomma, "*le regie patenti del 13 settembre 1831, che a nemmeno di un mese dovevano favorire l'attuazione*" del Consiglio di Stato prevista per novembre, "*anche se di per sé previste come puramente esecutive*" si manifestarono "*per lo più anche innovative, in senso sempre riduttivo della portata dell'organo*", trasformando le sue funzioni da latamente politiche a più contenute funzioni "*di carattere amministrativo*"³⁷.

Come sottolinea nel suo monumentale studio in occasione del centenario (1931) il consigliere di Stato F. Salata, "*il concetto politico [del Consiglio di Stato] sparì*"; ne "*rimase l'idea amministrativa*": "*il concetto [...] di riunire nel Consiglio di Stato le funzioni consultive per la pubblica amministrazione e le funzioni di rappresentanza politica, era sorpassato*"³⁸.

³⁴ F. SALATA, *Re Carlo Alberto e l'istituzione del Consiglio di Stato*, cit., 42-45; G.S. PENE VIDARI *Il Consiglio di Stato albertino*, cit., 43.

³⁵ Dopo quindici anni di un tale silenzio, una tardiva riconvocazione vi fu solo il 2 ottobre 1847 con la nomina di consiglieri straordinari, e con una convocazione per il 15 marzo 1848, poi revocata con regio brevetto del 2 marzo 1848, due giorni prima della promulgazione dello Statuto: ma fu inutile perché venne appunto sopravanzata dallo Statuto, che fece salvo il Consiglio di Stato seppure alla condizione che il Re provvedesse alla sua riforma (art. 83).

³⁶ P. CASANA, *Il Consiglio di Stato albertino e il territorio*, in *Pouvoirs et territoires dans les États de Savoie*, in *Actes du colloque international de Nice 29 novembre – 1er décembre 2007*, Nice 2010. L'A. peraltro sostiene che "*Se lo schema dell'Editto del 18 agosto si può ispirare ai principî della «monarchia consultiva», la sua applicazione – attuata attraverso le Lettere Patenti del 13 settembre 1831 – finì per seguire piuttosto i principî di una «monarchia amministrativa», e la prima venne così ad esaurirsi nel momento stesso in cui stava per concretizzarsi*".

³⁷ G.S. PENE VIDARI, *Il Consiglio di Stato albertino*, cit., 47.

³⁸ F. SALATA, *Re Carlo Alberto e l'istituzione del Consiglio di Stato*, cit., 70.

Così veniva segnata la strada del Consiglio di Stato nella storia italiana: e, implicitamente, lo si avvicinava al modello francese, come sarebbe stato chiaro dopo la promulgazione dello Statuto del Regno (4 marzo 1848). Era un bivio essenziale: comprometteva l'idea di monarchia consultiva ma faceva del Consiglio di Stato, in potenza, un riferimento essenziale dell'incipiente Stato basato sul diritto³⁹.

Oggi noi possiamo rilevare quel paradosso: a stare al modello francese, per avere effettività la valutazione di conformità alle leggi richiede un professionale *grand corps de l'État*⁴⁰. Dunque, oggettivamente valutate, le *Regie patenti* aprivano la via a un controllo tecnico-professionale della legittimità dell'attività amministrativa, seppure in forme ancora solo consultive. Insomma, con l'apparente riduzione del 13 settembre rispetto all'*Editto*, il Consiglio di Stato "*in pratica [] da costituzionale, si sposta nel campo puramente «tecnico» ed amministrativo*": il che "*finisce col tempo di giovare all'organo, anche se ridotto nel suo «peso» decisionale, perché ne consente la conservazione [] anche in regime costituzionale*"⁴¹.

In questo modo venne tracciato il solco primigenio del Consiglio di Stato italiano e della sua effettiva evoluzione. Quella soluzione di settembre era, piuttosto che legittimista secondo le intenzioni, liberale malgrado le intenzioni. Controllare e limitare il potere ministeriale vincolandolo al diritto, seppure nell'interesse del Re, finiva per essere, nei fatti, una declinazione moderata del liberalismo continentale⁴². In tali modo si con-

³⁹ Parimenti G. LOMBARDI, *Il Consiglio di Stato nel quadro istituzionale della Restaurazione*, cit., 63, richiama la rilevazione di C. Ghisalberti e considera che l'editto del 18 agosto tendeva "a creare una monarchia non solo amministrativa, ma a carattere consultivo" e riallaccia indirizzo di Metternich all'Illuminismo, mentre in realtà vede l'istituzione del Consiglio di Stato comunque "nel quadro ideologico della Restaurazione" e delle sue istituzioni: una prima espressione di quella corrente che si identifica come "costituzionalismo della Restaurazione", che – manifestazione del Romanticismo giuridico – è evoluzione delle preesistenti forme e non si identifica né con l'ideologia politica "post-rivoluzionaria", né con quella "reazionaria". È manifesto, infatti, il "dualismo istituzionale" del Consiglio di Stato rispetto ai ministri, con la Corona come luogo di sintesi.

⁴⁰ L'alta tecnica dell'amministrazione affidata a collegi di professionisti venne introdotta in Francia ai tempi di Colbert.

⁴¹ G.S. PENE VIDARI, *Il Consiglio di Stato albertino*, cit., 60.

⁴² È frequente una considerazione: se fosse rimasto fermo l'Editto di Racconigi, probabilmente il Consiglio di Stato non sarebbe sopravvissuto allo Statuto del Regno e, per quanto ci interessa, lo Stato di diritto nazionale non vi avrebbe avuto la sua istituzione d'elezione. Del resto, a escluderne ogni ipotetica residua rappresentatività, l'art. 83 dello Statuto stabilì che «per l'esecuzione del presente Statuto il Re si riserva di fare le leggi sulla Stampa, sulle Elezioni, sulla Milizia comunale, e sul riordinamento del Consiglio di Stato»: G.S. PENE VIDARI, *Il Consiglio di Stato albertino*, cit., 57.

cretizzava, nel Regno di Sardegna e poi dal 1861 nel Regno d'Italia, il percorso che avrebbe portato a quanto noi chiamiamo certezza del diritto e principio di legalità dell'azione amministrativa.

Questa dunque, non il solo formale *Editto*, è stata la vicenda che – piuttosto che la vicinanza geografica e culturale del Piemonte – ha definito l'avvicinamento all'omonimo istituto francese. Si segnò quell'*exiguum clinamen principiorum* che poi avviò un lungo e fecondo percorso che, nella successiva trasformazione del potere pubblico, ha avvalorato l'istituto in tutt'altra veste da quella che era *in nuce* nell'*Editto*.

Parte II: il secolo e mezzo intermedio

7. Se la storia del nostro Consiglio di Stato compone un lungo libro, quello di cui ci siamo finora occupati è il primo capitolo. Conviene avviarsi rapidamente verso quello dell'ultimo trentennio. I capitoli centrali sono infatti a tutti noti nei tratti che hanno visto sorgere e consolidarsi la giustizia amministrativa in Italia e la letteratura ne è vastissima. Qui solo rammentiamo alcune tappe formali di questa istituzione, per quanto può giovare a identificare una costante che percorre tutta la sua storia.

Il filo rosso che lega i capitoli intermedi all'iniziale e al finale è il sorgere e la progressiva, crescente accentuazione della *funzione giurisdizionale* del Consiglio di Stato: che nel 1948, promulgata la Costituzione, viene, quanto a numero di sezioni, parificata a quella consultiva e che tale perdura – nell'equilibrio delle due funzioni – fino all'inizio degli anni '90.

Il lungo percorso verso l'attuale realtà iniziò, seppure per breve tempo, nel Piemonte preunitario con la *legge Rattazzi* del 30 ottobre 1859, n. 3707, che per prima attribuì al Consiglio di Stato anche funzioni giurisdizionali; e per la funzione consultiva, lo convertì in un «*alto collegio amministrativo, ma non partecipe dell'azione di governo*»⁴³, distinguendolo dall'ambito che faceva capo al Re tanto che sostituì alla presidenza del Re un Presidente del Consiglio di Stato⁴⁴. Osservò nel 1931 Santi Romano che «*con questa legge il tramonto del carattere politico del Consiglio di Stato si può dire definitivamente segnato. Esso non è più un Consiglio del*

⁴³ Così la Relazione Rattazzi, S. CASSESE, *op. cit.*, 197.

⁴⁴ il primo presidente fu Luigi des Ambrois de Nevêche, già vicepresidente dal 1851 e prima, da ministro dell'interno, uno degli compilatori – insieme ai ministri Giacinto Borrelli e Cesare Alfieri di Sostegno – dello Statuto albertino.

*Re, che perciò cessa di esserne il presidente, ma un consiglio di governo che si accentra nei ministri*⁴⁵.

Una volta unita politicamente l'Italia nel nuovo Regno (legge 17 marzo 1861, n. 4671) da quattro anni, quando ormai dal 3 febbraio 1865 la capitale era stata portata a Firenze, venne il momento dell'unificazione legislativa e amministrativa con la *legge Lanza*, o *Ricasoli*⁴⁶, 20 marzo 1865 (*legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*). Questa fondamentale legge che definì l'assetto del nuovo Stato, all'allegato D (*su composizione e attribuzioni del Consiglio di Stato*), nella prospettiva dell'unificazione amministrativa e della abolizione degli organi del contenzioso amministrativo e della giurisdizione unica, di cui al contestuale allegato E, tolse al Consiglio di Stato quasi tutte le attribuzioni giurisdizionali date sei anni prima, salvo il contenzioso sul prestito pubblico e poco altro⁴⁷. Per la funzione consultiva, lasciò obbligatorio il parere solo per i regolamenti generali e sui ricorsi al Re, le domande di estradizione, l'esecuzione delle provvigioni ecclesiastiche, rendendolo facoltativo per i progetti di legge. Così il Consiglio di Stato "*cessò di essere il giudice ordinario del contenzioso amministrativo*"⁴⁸.

Coerente alla giurisdizione unica fu la *legge Mancini-Nicotera* 31 marzo 1877, n. 3701 sui conflitti di attribuzione, che ne sottraeva la compe-

⁴⁵ S. ROMANO, *La funzione e i caratteri del Consiglio di Stato*, cit., 9.

⁴⁶ dal ministro dell'interno, Giovanni Lanza, del Governo La Marmora II che ne fu il promotore. Prese spunto da un'altra "*legge Rattazzi*" (23 ottobre 1859, n. 3702) che aveva esteso alla Lombardia la legislazione amministrativa del Regno di Sardegna e ispirò un analogo provvedimento di Carlo Farini, dittatore regionale per l'Emilia e la provincia di Massa, il decreto 27 dicembre 1859, n. 79. La norma fu modificata e integrata dal decreto reale 30 novembre 1859, n. 64 il 24 e il 30 settembre 1860 per le Marche, il 22 settembre 1860 per l'Umbria, il 26 agosto 1860 per la Sicilia, e il 2 gennaio 1861 per il Napoletano. Il 24 novembre 1864, il Ministro dell'interno Giovanni Lanza propose alla Camera un progetto di legge per la concessione al Governo della facoltà "*di pubblicare e rendere esecutori in tutte le provincie del Regno alcuni progetti di legge d'ordine amministrativo*". Così il governo presentò un breve disegno di legge con, come *Allegati*, sei atti che il Parlamento avrebbe dovuto accettare o rifiutare in blocco. Il risultato fu la promulgazione, il 20 marzo 1865, della *legge n. 2248 per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia* che comprendeva sei allegati: la legge comunale e provinciale (allegato A), la legge di pubblica sicurezza (allegato B) e di sanità pubblica (allegato C), la legge sul Consiglio di Stato (allegato D) e sul contenzioso amministrativo (allegato E) e la legge sulle opere pubbliche (allegato F). Dopo un mese vi fu unita la *Legge n. 2626 sull'ordinamento giudiziario* del 6 dicembre 1865.

⁴⁷ Cfr. G. BARBAGALLO, *La giurisdizione del Consiglio di Stato dalle origini al 1923, nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia*, in *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)*, a cura di G. Melis, Milano, 2006, t. II, 2299 ss.

⁴⁸ cfr. L. ARMANI, *Il Consiglio di Stato*, cit., 831.

tenza al Consiglio di Stato per attribuirle alle sezioni unite della neoistituita Corte di Cassazione di Roma⁴⁹. Con la giurisdizione unica diveniva incoerente la decisione di una parte in causa, l'amministrazione, qual era ancora il Consiglio di Stato. Invano la dottrina aveva propugnato, alla francese, un tribunale misto dei conflitti⁵⁰. Si negò la sostanza del *conflitto*: restava una contesa di diritto fra amministrazione e autorità giudiziaria⁵¹.

Venne poi il tempo della nascita della giurisdizione amministrativa in Italia ed ebbe origine nel movimento promosso da Silvio Spaventa (per la Destra) e da Francesco Crispi (per la Sinistra) e che portò nel 1889 all'istituzione della IV Sezione «*per la giustizia amministrativa*».

In relazione agli «*affari*» – per gli *interessi non diritti*, poi *interessi legittimi* – la legge del 1865 sulla giurisdizione unica si mostrò presto inadeguata perché di fatto non assicurava ma restringeva le tutele effettive (ed era illusorio il rimedio dell'art. 3, con i ricorsi alla stessa amministrazione). Dopo alcuni disegni di legge Crispi del 1873 e del 1875, nel 1876 – a seguito della la “*rivoluzione parlamentare*” che portò al governo la Sinistra – la Destra mutò indirizzo rispetto alla legge del 1865 e con Silvio Spaventa si fece patrocinatrice della *giustizia amministrativa*, sensibilizzata dal malcostume amministrativo e dalla pratica clientelare. Spaventa nel 1880 pronunciò il celebre discorso su “*La giustizia nell'amministrazione*” all'Associazione costituzionale di Bergamo, denunciando gli abusi correlati all'“*ingerenza indebita dei deputati*”, possibili per mancanza di tutela⁵² e propugnando la “*necessità di avere veri giudici e veri giudizi di diritto pubblico in tutte le sfere della nostra amministrazione; unico rimedio ai pericoli che corre il sistema parlamentare*”. Al progetto Crispi ne seguirono uno Nicotera e Depretis nel 1877, e tre Depretis nel 1880, nel 1884 e nel 1886. Infine nel 1887 Crispi, da presidente del consiglio e ministro dell'interno, presentò il disegno che sarebbe divenuto la

⁴⁹ La Corte di Cassazione di Roma venne istituita dalla legge 12 dicembre 1875: la prima seduta fu tenuta il 4 marzo 1876.

⁵⁰ Istituito dalla Costituzione della Seconda Repubblica (1848), venne abolito dal Secondo Impero (1852) e reistituito dalla legge del 24 maggio 1872 «*portant réorganisation du Conseil d'Etat*».

⁵¹ Cfr. G. MARANINI, F. D'ALESSIO, voce *Conflitto (Conflitti fra organi amministrativi e giurisdizionali)*, in *Enc. Italiana*, XI, 1931, 124.

⁵² S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione* (discorso pronunciato nell'associazione degli industriali di Bergamo il 7 maggio 1880), in *La politica della Destra* (Scritti e discorsi raccolti da B. Croce), Bari 1910, 53 ss. (ripubblicato in *Riv. dir. pubbl.*, 1939, I, 222, e poi a cura di Alatri, in S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, Torino 1949).

legge 31 marzo 1889, n. 5992 *che modifica la legge sul Consiglio di Stato e istituisce la IV Sezione «per la giustizia amministrativa» per «decidere sui ricorsi contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di corpo amministrativo deliberante»*, poi trasfusa nel r.d. 6 giugno 1889, n. 6166 (testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato) e accompagnata da un regolamento di esecuzione (r.d. 17 ottobre 1889, n. 6515) e un regolamento di procedura (r.d. 17 ottobre 1889, n. 6516). Nacque, con la IV sezione giurisdizionale, il sistema dualistico italiano. La legge 1 maggio 1890, n. 6837 sull'ordinamento della giustizia amministrativa istituì le giunte provinciali amministrative, per il controllo preventivo sugli atti di maggiore rilievo delle amministrazioni locali e della competenza di primo grado, anche per il merito, dei ricorsi per lesione di interessi, con appello alla IV sezione del Consiglio di Stato.

La svolta fu essenziale per qualificare l'istituto e fu supportata dalla giurisprudenza della Sezioni Unite della Cassazione romana che riconobbe la natura *giurisdizionale* delle “*decisioni*” del Consiglio di Stato.

Si ebbe poi la “*riforma Giolitti*” con la legge 7 marzo 1907, n. 62, *sul riordinamento degli istituti per la giustizia amministrativa*, che istituì la V Sezione del Consiglio di Stato con competenza giurisdizionale di merito e che fu accompagnata dal Testo unico del r.d. 17 agosto 1907 n. 638 per i ricorsi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, dal r.d. 17 agosto 1907, n. 641, di esecuzione, e dal r.d. 17 agosto 1907, n. 642 di approvazione del regolamento di procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali.

Un passaggio fondamentale per l'incidenza generale del Consiglio di Stato sull'intero apparato pubblico fu quello della riforma de' Stefani (1923-24)⁵³, composta dal r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840, seguita dal r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (*testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*): portando avanti la razionalizzazione compiuta – sul solco della giurisprudenza – dalla riforma Giolitti-Orlando (r.d. 22 novembre 1908, n. 693, terzo Governo Giolitti), attribuiva alcune materie, tra cui *in primis* il pubblico impiego, alla *competenza esclusiva* del Consiglio di Stato e aboliva le differenze tra IV e V Sezione. Seguì, quasi vent'anni dopo, il r.d. 21 aprile 1942, n. 444 (*Regolamento per l'esecuzione della legge sul Consiglio di Stato*).

Dopo la promulgazione della Costituzione della Repubblica, che salvò il Consiglio di Stato e il sistema duale di giurisdizione grazie a Meuccio Ruini e malgrado in Assemblea costituente Piero Calamandrei

⁵³ Alberto de' Stefani era il ministro delle finanze del primo governo Mussolini.

⁵⁴ G. MELIS, *Due modelli di amministrazione tra liberalismo e fascismo. Burocrazie tradizionali e nuovi apparati*, Roma 1988.

propugnasse la giurisdizione unica – fatti noti quanto basilari, che qui è ultroneo ricordare –, il d.lgs. 5 maggio 1948, n. 642 istituì la VI Sezione del Consiglio di Stato.

Seguirono, oltre venti anni dopo, il d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 sui ricorsi amministrativi e soprattutto, in attuazione dell'art. 125 della Costituzione, la l. 6 dicembre 1971, n. 1034 che, istituendo i tribunali amministrativi regionali segnò, per effetto di sistema, una accentuazione senza precedenti del rilievo della funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato, giudice d'appello.

Passò poi un altro ventennio di consolidamento, al cui centro è la legge 24 aprile 1982, n. 186 (*Ordinamento della giurisdizione amministrativa*) che sistematizza l'assetto, definendo i rapporti tra il primo livello e il secondo livello. E così si arriva agli anni '90.

Parte III: l'ultimo trentennio

8. Possiamo ora passare – quasi *per saltum* – all'ultimo capitolo di questo libro, quello dell'ultimo trentennio in cui si accentua e sensibilmente la qualità di *giudice* del Consiglio di Stato, per divenire ormai preponderante sulla funzione consultiva, affinata dalle leggi e dalla giurisprudenza in satisfattività della strumentazione per i beni della vita controversi.

Per comprendere l'evoluzione mostrata dalla concretezza delle cose, non pare sufficiente un'analisi soltanto normativa. Occorre muovere dallo scenario generale e dalle sue trasformazioni, cui come sempre il Consiglio di Stato si è adattato grazie alla plasticità che gli deriva dall'essere figlio della monarchia amministrativa e funzionale ai mutamenti dell'amministrare.

La svolta della giustizia amministrativa, in realtà non solo italiana ma europea o meglio globale, è iniziata con gli anni '90 del secolo XX per riflesso della grande trasformazione che, finita la guerra fredda, ha investito e fatto convergere gli ordinamenti occidentali. A sua eco, in Italia si sono accentuati una tendenziale frammentazione per settori del diritto amministrativo e nuove disomogeneità dei poteri pubblici, con crescenti intersezioni con figure semipubbliche.

La tendenza generale ha dato primario rilievo ai principi, di loro extrastatali, di concorrenza e, in subordine, di utilità, che hanno fatto ingresso definitivo in più settori del diritto pubblico, come per l'antitrust o i contratti pubblici. Molti confini tra pubblico e privato, già porosi e

relativi, sono stati ulteriormente abbassati e i rapporti tra i due ambiti sono divenuti interconnessi e spesso cooperanti, anche neutralizzando differenze strutturali. Sullo sfondo, la società di mercato globale è salita a riferimento e, nei settori economicamente sensibili, si è dato corso a un cambiamento tendenziale del paradigma del potere pubblico e del diritto pubblico che ne è specchio, con la tendenza a privilegiare il momento economico generale. Con il declinare della verticalità e della gerarchia del pubblico, con l'imporsi di quei principi all'apparenza orizzontali e trasversali e comunque espressivi dell'inversione tra *politico* ed *economico*, hanno preso corpo riconsiderazioni della ragione della giustizia amministrativa e della legittimazione del suo giudice, come dell'adeguatezza dei suoi strumenti rispetto alle esigenze della vita economica: ed è entrato in tendenziale sofferenza quanto ne era alla base come giustizia *speciale* a salvaguardia dell'interesse pubblico.

In questa propensione al cambiamento di paradigma, come detto è bene guardare all'*effettività* della trasformazione generale. È infatti uno scenario in cui il sistema definito e piramidale delle fonti del diritto, con l'imputazione formale del potere che rifletteva, è stato ampiamente scomposto e hanno fatto ingresso produzioni multilivello, reticolari⁵⁵, diffuse, spesso a latitudine indefinita e discontinue.

Non vi è stata sostituzione, ma ibridazione tra il vecchio e il nuovo paradigma: e hanno acquistato importanza atti secondari o di vario tipo, tali da aprire a giurisprudenze ordinarie quando non creative⁵⁶. Il *cambiamento giuridico* ha sì mantenuto il riferimento alle norme primarie, ma ne è stato reso assai spesso malsicuro. Si è presentato come il riflesso di una complessità quasi irrimediabile di un mutevole, policentrico *diritto vivente*, un *Lebende Recht* dagli ampi e non sempre sicuri confini: di non tranquilla 'calcolabilità', in trasformazione a ritmi incalzanti⁵⁷ malgrado

⁵⁵ Tra i molti, v. F. OST, M. v. DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, *Publications des facultés universitaires de Saint-Louis*, 2002; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari 2002; F. BOTTINI (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, Paris 2017; B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna 2020, 211 ss.; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna 2020, 239 ss. Sulla neutralizzazione delle differenze tra diritto pubblico e diritto privato, tale da ormai riportarli a un nucleo comune, G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Padova 2021.

⁵⁶ Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Modelli normativi aperti, argomentazione giuridica e giudice amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it* (2020).

⁵⁷ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016; *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna 2017.

la ricerca declamata di semplificazioni normative o, fino a qualche anno fa, di codificazioni a diritto costante. Nondimeno, il rilevante giuridico è andato in espansione con giuridificazioni prima nemmeno immaginate ma spesso poco più che simboliche. Molti spazi che ne erano da sempre vuoti ne sono stati occupati, ma spesso in termini malcerti e demandando infine la specificazione al giudice, che vi ha provveduto usando le formule della proporzionalità e della ragionevolezza ormai universali⁵⁸. È stata insomma, ed è, una transizione non adeguatamente comprensibile in un riduttivo orizzonte legicentrico.

La decostruzione del sistema delle fonti ha messo e mette in crisi la legge come parola del diritto e il principio di legalità: “disordina l’ordinamento”, disarmata la sicurezza giuridica. Con il riaffermarsi di un diritto spesso giurisprudenziale, alla parola della legge si è sempre più affiancata la parola del giudice, la nomofilachia spesso ha assunto un ruolo definitivo quando la custodia della legge è risultata compromessa nell’oggetto⁵⁹. Alla razionalità giuridica viene preferita un’asserita razionalità economica, di suo però limitata e che della prima non ha la definitività di linguaggio, né la tendenziale stabilità: ne è seguita spesso la perdita di calcolabilità del diritto e il trasferimento della definizione al giudice, rimettendo al suo prudente *self-restraint* di non aggravare l’incertezza.

Si è andato formando così uno scenario popolato da criticità: una realtà prodotta da quest’ibridazione, dove il giuridico tende a spostarsi dal primato della legge al primato “del diritto”: tanto che non è mancato chi vi ha fatto fulcro per affermare che il giudice ormai è soggetto non più alla legge ma al diritto, che però definisce di volta in volta. In questo scenario che ne sposta il baricentro, lo Stato di diritto viene giocoforza supportato dalla giurisprudenza, pena il suo svuotamento di significato: ma altri arrivano a manifestamente denunciare, e con preoccupazione, il passaggio dallo *Stato di diritto* allo *Stato di giustizia*, ovvero *dei giudici*⁶⁰. È comunque un dato di tendenza universale che il ruolo delle giurisdizioni supreme diviene primario nel dire, e non solo nel dire, il diritto.

⁵⁸ Cfr. G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna 2020, 328.

⁵⁹ Sia consentito richiamare G. SEVERINI, *La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia*, in *www.federalismi.it*, n. 19/2018.

⁶⁰ J. KRYNEN, *L’État de justice. France, XIIIe-XXe siècle*, II, *L’emprise contemporaine des juges*, Paris 2012; B. RÜTHERS, *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodi. Un saggio*, a cura di G. Stella, Modena 2018 [*Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden*, Tübingen 2014].

Ricordare il primato costituzionale *della legge* sul giudice e il *principio di legalità*, che è il pilastro dello Stato di diritto⁶¹, con i suoi corollari di sicurezza giuridica, è e resta comunque essenziale. Gli inconvenienti opposti, che portano all'imprevedibilità e all'apertura alla giurisprudenza creativa, preoccupano per l'equilibrio dei poteri, la responsabilità pubblica, il principio di legalità e l'eguaglianza davanti alla legge. Al tempo stesso è debitamente realistico considerare il dato che questo spostamento generale verso il giudice ne ha accresciuto il ruolo, quale ne sia la causa, ed ha comportato una *ridefinizione funzionale* delle istituzioni della giustizia amministrativa: è coerente allora guardare a questa mutata condizione e affrontare le ineludibili questioni che ne nascono sull'adeguatezza degli assetti organizzativi ereditati.

In questo contesto, in Italia come altrove il giudice amministrativo viene anzitutto a misurarsi con il dato di fondo che una quantità di compiti di rilievo generale è passata da un regime di diritto pubblico a uno, almeno tendenziale, di diritto comune e che l'interesse pubblico è comunque "esploso". L'ibridazione è arrivata a interessare pressoché tutte le giustizie amministrative. Si è riproposto allora da noi il tema fondativo: l'affievolirsi del titolo che legittimava la *specialità* di questo giudice e che per sua natura poggiava sulla pienezza della sovranità statale e la nettezza dell'interesse pubblico. È cambiata la rappresentazione del giudizio perché si è scomposta l'idea legittimante di *un* dominante interesse *pubblico* retrostante la controversia⁶². I giudici amministrativi sono stati misurati come un *servizio* in rapporto con l'esercizio di poteri riconducibili al pubblico, e la necessità di ricomporli rapportandoli ora all'interesse *generale* o – come in Francia – a ricercare soluzioni nuove nella teorica dei diritti fondamentali.

La conseguenza "identitaria" per il giudice amministrativo è stata il rinvenire la legittimazione non più nella *specialità* costituzionalmente scolpita ma in un'ormai propria *ordinarietà* di settore, guadagnata mediante l'*expertise* e la capacità di risposta alle esigenze sociali ed economiche che le nuove declinazioni del potere vanno generando: dispute non

⁶¹ R. BIN, *Lo Stato di diritto. Come imporre regole al potere*, Bologna 2017 (2004), 18 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 4^a ed., Bologna 2019, 30. Il principio di legalità è "il principio costitutivo della sintassi giuridica dello stato di diritto, indipendentemente dal livello e dal contenuto delle norme nella quale essa si articola": L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 4 del 2016.

⁶² F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro*, (intervento al Convegno "Stato a diritto amministrativo tra presente e futuro", Parma 4 ottobre 2019), in *www.giustizia-amministrativa.it*.

assegnabili a un giudice dai tempi lunghi e dalla logica binaria, rispondente certo sulla violazione formale dei precetti ma risalente e malmisurata sul più frequente uso distorto dei poteri pubblici. Questo è dunque il nuovo canone: una crescita di ruolo, ma anche quell'esigenza di *accountability* che il nuovo paradigma richiede⁶³.

9. Il riassetto all'insegna della riduzione della sfera pubblica si è avviato in Italia nella seconda metà del 1992 con le politiche di privatizzazioni e liberalizzazioni.

Oggi la contingenza della pandemia e della "ripresa e resilienza" nella prospettiva del *Green Deal* europeo, con nuovi ruoli del pubblico, sembra discostarsene e delineare un nuovo, ulteriore, scalino volto però in altra direzione. Ma non supera il contesto formatosi in questo trentennio, sollecitato dall'insegna dello 'Stato minimo'⁶⁴. La tendenza si è comunque dispiegata con privatizzazioni, liberalizzazioni, delegificazioni, deregolamentazioni, nuove regolazioni economiche, revisione radicale degli orientamenti e dei modi dell'intervento pubblico nell'economia⁶⁵. Da allora quello scalino ha portato a un nuovo pensiero *mainstream* per antonomasia, al fondo improntato alla tendenziale decostruzione dell'idea stessa di diritto pubblico. Le incidenze eurolitiche per la tutela della concorrenza e le istanze convenzionali di tutela dei diritti fondamentali hanno reso prismatiche configurazioni che prima erano di stretto approccio pubblicistico. La configurazione del pubblico è mutata, talvolta retrocedendo, talaltra assumendo declinazioni nuove come con la regolazione e le autorità amministrative indipendenti, che comunque manifestano una disaggregazione del pubblico stesso⁶⁶; talaltra imbrigliandosi in ipernormazioni per settori particolari come per i contratti pubblici.

L'effetto di sistema è stata la propensione a posticipare la soluzione

⁶³ S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, cit., 27. Sulla nomofilachia, A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rass. Forense*, 2014, 647.

⁶⁴ Per tutti, v. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 6ª ed., Bari-Roma 2021, 389 ss. Cfr. A. GARAPON, *Lo stato minimo: Il neo liberalismo e la giustizia*, Milano 2012 [*La Raison du moindre Etat. Le néolibéralisme et la justice*, Paris 2010].

⁶⁵ Cfr. *ex multis* G. CORSO, *Splendori e miserie dell'intervento pubblico nell'economia italiana*, e gli scritti degli altri autori in AA.VV., *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di M. Cafagno e F. Manganaro, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, vol. V, Firenze 2016, 593. Sulla trasformazione del diritto amministrativo, L. TORCHIA, *Studiare il diritto amministrativo oggi*, in ID., *La dinamica del diritto amministrativo*, Bologna 2017, 7.

⁶⁶ S. CASSESE, *op. cit.*, 393; G. MONTEDORO, *Il giudice e l'economia*, Roma 2015.

dei conflitti alla sede giudiziale, incluse ormai le questioni economicamente sensibili: accentuando la tendenza alla *giudiziarizzazione* (*judicialisation, judicialization*) del diritto, già avviata qualche decennio prima⁶⁷. Ovunque nel mondo, in quasi ogni aspetto della vita pubblica, si è registrata un'accentuazione del ruolo del giudice, il *judicial empowerment*, e così del formante giurisprudenziale⁶⁸.

La messa in crisi della già complessa idea di interesse pubblico, le nuove modalità di rilevazione delle distorsioni del potere, il dialogo verticale e orizzontale tra i giudici di diversi sistemi hanno però messo i giudici amministrativi in condizione di affinare le tecniche di risposta con una strumentazione processuale convergente e orientata alla pienezza di giurisdizione, nuovo paradigma nel nuovo paradigma, che sullo sfondo della metamorfosi generale tende ad avvicinare il giudice amministrativo al giudice comune⁶⁹.

10. In questo contesto, la prima grande trasformazione che ha investito la giustizia amministrativa e con cui ci si è allontanati dalla verticalità nel figurare i rapporti del potere pubblico e ci si è avvicinati alle concezioni di immaginate dinamizzazione e semplificazione della 'nuova gestione pubblica' (*new public management*) orientate al risultato effettivo, è stata la riconsiderazione dei rapporti di lavoro del personale pubblico e del loro giudice, seppur compensata da quella del nuovo giudice dei servizi pubblici.

La *contrattualizzazione* del lavoro con le pubbliche amministrazioni ha riguardato quello che era uno dei principali oggetti della giurisdizione amministrativa. Si parlò anche, ellitticamente, di *privatizzazione* del pubblico impiego guardando all'assimilazione tendenziale con il lavoro privato. L'effetto è stato il passaggio di quelle controversie alla giurisdizione

⁶⁷ Fenomeno manifesto, numericamente e qualitativamente, nel settore dei *contratti pubblici*, dove il giudice amministrativo si profila come giudice del nuovo diritto dell'economia grazie a una codificazione connotata come architettura concorrenziale di quel mercato. Sulla tendenza generale, v. A. GARAPON, *Lo stato minimo*, cit. Cfr. C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *Il sistema giudiziario*, Bologna 2017, 181 ss.

⁶⁸ R. HIRSCHL, *The Judicialization of Politics*, The Oxford Handbook of Political Science, 2011.

⁶⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. Un cambio de paradigma?*, Madrid 2007 [trad. it., *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma?*, Milano 2010]; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna 2019, 193 ss.; M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna 2021, 39 ss.

zione ordinaria, chiudendo quel che è stato chiamato il ‘secolo breve’ del pubblico impiego, iniziato con la riforma Giolitti-Orlando (r.d. 22 novembre 1908, n. 693, terzo Governo Giolitti) e perfezionato dalla riforma de’ Stefani del 1923-24.

Così, nel 1992-93 si avviò il passaggio di gran parte del pubblico impiego dalla disciplina di diritto pubblico a una “privatistica”. In attuazione della legge-delega di “razionalizzazione” dell’art. 2, comma 1, della legge 23 ottobre 1992, n. 421, questa “privatizzazione” cominciò con il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (art. 68, poi modificato dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, che introdusse la data fatidica del 30 giugno 1998) con cui venne *privatizzata* la gran parte dei rapporti di lavoro pubblico.

Il percorso si consolidò con le riforme “Bassanini” dei tardi anni ’90 attraverso, appunto, l’effetto consequenziale della migrazione verso il giudice ordinario di gran parte delle controversie sul pubblico impiego. In particolare con:

b) la legge di delega 15 marzo 1997, n. 59, c.d. *Bassanini-uno*, che delegò il Governo a devolvere al giudice ordinario tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

c) in attuazione della delega, il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, la c.d. *seconda privatizzazione* che completò la prima privatizzazione (già avviata dal d.lgs. 29 del 1993) estendendola ai dirigenti generali.

d) Il tutto confluì a sistema con il testo unico del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che dalla devoluzione al giudice ordinario tenne fuori solo le controversie del «*personale in regime di diritto pubblico*» (magistrati, personale militare e di polizia, carriera diplomatica e della carriera prefettizia, ...).

Con questa massiccia migrazione, la giustizia amministrativa è venuta a perdere la centralità sull’apparato pubblico che le aveva dato la riforma del 1923-24⁷⁰: è stata, si potrebbe dire, la contro-riforma de’ Stefani. Ma, quasi un *do ut des*, ha acquisito spazi in giurisdizione esclusiva sui servizi e i contratti pubblici o su particolari settori di materie come il governo del territorio. Un sostanziale scambio di giurisdizione, pubblico impiego contro diritto pubblico dell’economia. Lo stesso d.lgs. n. 80 del 1988 passò alla giurisdizione esclusiva amministrativa le controversie sui pubblici

⁷⁰ G. MELIS, *Origine e storia del Consiglio di Stato*, in G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e d’Italia*, Milano 1998, 71-85; ID., *Il Consiglio di Stato nella storia d’Italia*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano 1997, 1-19.

servizi e in materia urbanistica ed edilizia: per entrambe con la reintegrazione in forma specifica e il risarcimento del danno ingiusto.

La ridefinizione del paradigma generale aveva fatto apparire obsoleto il criterio tutto italiano, malcerto, del riparto di giurisdizione per situazioni soggettive; e più agevole quello per materie: in pratica, la giurisdizione esclusiva, che già aveva connotato il pubblico impiego. Prese così corpo il riparto di giurisdizione “*per blocchi di materie*”. Ma venne contestato (insieme alle modifiche introdotte due anni dopo dalla legge n. 205 del 2000) e razionalizzato da Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204: che dichiarò incostituzionale l’art. 33, comma 2, d.lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall’art. 7, lett. a), l. n. 205 del 2000, nell’individuare controversie in cui può mancare un profilo riconducibile all’amministrazione-autorità.

In effetti, la legge 21 luglio 2000, n. 205, *in materia di giustizia amministrativa*, aveva assegnato alla giurisdizione amministrativa le controversie su affidamenti di lavori, servizi o forniture e aveva accresciuto pienezza ed effettività della tutela del giudice amministrativo con l’azione risarcitoria (già assunta a figurabile da Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, sulla risarcibilità degli interessi legittimi).

Quest’evoluzione ebbe il suo strumento normativo principale con, finalmente, la *codificazione* del «processo» amministrativo, portata dal d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 attuativo della delega dell’art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69. Parlando definitivamente di «*processo*» (come aveva iniziato la legge n. 205 del 2000) venne abbandonata l’idea ultima del ricorso/giudizio, oltre che ampliata la panoplia di azioni e tutele. Ma, non a caso l’art. 133 del Codice elenca un lungo catalogo di giurisdizione esclusiva.

Insomma, il trend è stato quello un’assimilazione progressiva agli standard della giurisdizione ordinaria, emancipando quella amministrativa dalla stretta qualifica di *giudice speciale*. L’evoluzione ha connotato il giudice amministrativo – ha detto con quella sentenza n. 204 del 2004 la Corte costituzionale riprendendo la dottrina – per la «*piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive*» diverse da quelle sui “diritti”⁷¹.

⁷¹ “*se si guarda [] alla giurisprudenza della Corte [costituzionale] a partire dagli anni 2000, è facile rendersi conto che essa assegna ai giudici amministrativi “piena dignità” di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dall’art. 2 della legge n. 2248 del 1865, all. E (Corte Cost., n. 204/2004) e riconosce al giudice amministrativo, quale giudice naturale dell’esercizio della funzione pubblica, poteri idonei ad assicurare piena tutela, per il danno sofferto anche in*

11. Quanto alla funzione consultiva, nei dodici anni tra 1997 e 2009 le politiche di semplificazione amministrativa ne hanno ristretto oggetti e modalità. La prima tappa è stata di conformazione ai principi dell'*arrêt Procola* (Corte EDU, Procola c. Lussemburgo, n. 14570/89, 28 settembre 1995) per il quale l'art. 6, par. 1, CEDU sul *giusto processo* per la *teoria delle apparenze* sul giudice terzo e imparziale non permetteva la partecipazione di stessi consiglieri di Stato lussemburghesi a decisioni su ricorsi contro un regolamento oggetto di un parere cui avevano partecipato in sede consultiva.

Così l'art. 17 l. 15 maggio 1997, n. 127, sullo snellimento dell'attività amministrativa, c.d. *Bassanini-bis*, finalizzata alla "*semplificazione amministrativa*", istituì «una sezione consultiva del Consiglio di Stato per l'esame degli schemi di atti normativi per i quali il parere del Consiglio di Stato è prescritto per legge o è comunque richiesto dall'amministrazione», e tolse il parere obbligatorio su altri oggetti come i contratti pubblici (fino allora una delle principali espressioni della funzione consultiva e di prevenzione di quella che poi sarebbe stata la pronunciata giurisdizionalizzazione del settore). Un'ulteriore restrizione fu portata dalla legge finanziaria per il 2000 (l. 23 dicembre 1999, n. 488). Il parere del Consiglio di Stato diveniva tendenzialmente facoltativo, salvo sugli "affari normativi" e sui ricorsi straordinari.

Il secondo atto ha riguardato la dominante componente della funzione consultiva, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Venne "*giurisdizionalizzato*" dall'art. 69 l. 18 giugno 2009, n. 69 (la stessa che delegava al governo il codice del processo amministrativo) dando seguito ultimo a una tendenza progressiva di sua connotazione giurisdizionale. Da allora, il governo non può disattendere quei pareri obbligatori del Consiglio di Stato, perché resi vincolanti dalla riforma e in pratica trasformati in una decisione. Quantitativamente, è l'impatto più significativo.

Ma a parte le innovazioni legislative, anche la delegificazione di disposizioni sulla struttura interna del Consiglio di Stato ha portato a incidere sensibilmente sul rapporto tra le due funzioni.

La base è stata data dalla c.d. "riforma Brunetta" della p.a., in particolare dell'art. 54 d.-l. 25 giugno 2008, n. 112 su sviluppo economico,

violazione di diritti fondamentali per l'illegittimo esercizio del potere pubblico (Corte Cost., n. 140 del 2007): A. PAJNO, *Trasformazioni della Giustizia Amministrativa*, in *Corte costituzionale Corte di Cassazione, Consiglio di Stato. Tre giurisdizioni apicali*, a cura dell'Accademia Nazionale dei Lincei, Bologna 2017, 74.

semplificazione, competitività (cd. “*decreto Brunetta anti-fannulloni*”) conv. dalla l. 6 agosto 2008, n. 13, che aggiunge un quinto comma all’art. 1 l. n. 186 del 1982 sull’ordinamento della giurisdizione amministrativa, per cui «*il Presidente del Consiglio di Stato, con proprio provvedimento, all’inizio di ogni anno, sentito il Consiglio di presidenza, individua le sezioni che svolgono funzioni giurisdizionali e consultive, determina le rispettive materie di competenza e la composizione, nonché la composizione della adunanza plenaria ai sensi dell’articolo 5, primo comma*».

Con questo mezzo, ad oggi si sono avuti tre decreti del Presidente del Consiglio di Stato che hanno inciso sulla realtà dell’istituto:

1. la trasformazione della Terza Sezione da consultiva a giurisdizionale: decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 103 del 10 dicembre 2010.
2. la trasformazione della Seconda Sezione da consultiva a giurisdizionale: decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 176 del 14 dicembre 2018.
3. L’istituzione della Settima Sezione giurisdizionale: decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 229 del 24 settembre 2021.

12. È allora il momento di giungere a qualche conclusione. Questi sono i dati e i fatti che si propongono all’analisi della trasformazione del Consiglio di Stato rispetto alla trasformazione dello Stato di diritto. Dicono che, negli ultimi undici anni (operativamente, dal 1 gennaio 2022), le sezioni giurisdizionali sono state raddoppiate, dalle tre del 1948 a sei; le sezioni consultive sono state dimezzate, dalle tre tradizionali, più quella per gli affari normativi, a una tradizionale e quella per gli affari normativi.

Se si considera poi che, oltre al decentramento all’apposita sezione del parere sugli affari normativi (la sottrazione all’Adunanza Generale ha sì prevenuto gli inconvenienti “Procola” e semplificato il procedimento, ma ha reso questo parere non più significativo dell’intero istituto e dunque non più insuperabile in giustizia), ormai avviene che:

i *quesiti*, cioè l’espressione più genuina del *parere facoltativo*, in media sono solo al più una ventina all’anno (nel 2020 sono stati appena quindici: poco più di uno al mese: e non ci sono grandi discostamenti dal decennio precedente, anzi semmai un leggerissimo aumento);

con la “*giurisdizionalizzazione*” del ricorso straordinario, la parte dominante dei pareri della residua Prima Sezione consultiva non sono più disattendibili atti di consultazione nel quadro di ciò che resta di una “giu-

stizia ritenuta”, ma vere decisioni definitive, seppure a contraddittorio formalmente affievolito.

Per la funzione consultiva sugli atti normativi, va considerato anche che le è stato sottratto spazio anche dalla discutibile pratica dei “*decreti non regolamentari*”⁷², benché disciplinanti fattispecie generali e astratte, che ha eluso il parere obbligatorio del Consiglio di Stato previsto dalla riforma della Presidenza del Consiglio del 1988 (l. 23 agosto 1988, n. 400, art. 17).

Rispetto a un quarto di secolo fa, ne viene un’evidente restrizione della funzione consultiva – per quanto permanga tecnicamente ben apprezzabile e rilevante nel suo spazio residuo – a fronte dell’espansione quali-quantitativa della funzione giurisdizionale.

Insomma, sia in termini strutturali, sia in termini funzionali, il baricentro del Consiglio di Stato, in questo trentennio, si è ampiamente spostato sulla giurisdizione. Il Consiglio di Stato, in sintesi, è sempre più *giudice* e sempre meno “*organo ausiliario*” del governo.

13. Si torna dunque al quesito di fondo sul rapporto tra *nomina* e *res* che ci siamo posti all’origine. Ci domandiamo se, alla luce del principio di realtà, cioè guardando all’attualità storica del suo *konkrete Ordnung*, il nostro *Consiglio di Stato*, non stia – fermo il nome- progredendo nel senso di una corte amministrativa suprema: vale a dire se non si vada ormai sempre più avvicinando, nella realtà effettuale, al modello prevalente in Europa riguardo alla giustizia amministrativa. È una tendenza che lo pone in linea con quel patrimonio di valori giuridici convergenti da diverse tradizioni in un comune grande spazio, da diversi chiamato nuovo *ius commune* europeo: che – avendo a pilastro i principi condivisi del giusto processo e della buona giustizia – può procedere in modi più uniformi a rendere giustizia nei rapporti amministrativi e a recuperare nella tradizione romanistica del diritto un fattore unificante per l’Europa.

Certo è che ormai è visibile il distacco dall’archetipo storico francese, anche se di quello opportunamente conserva, si badi rilegittimata dall’esigenza generale efficientistica, la c.d. terza funzione, cioè la pratica degli incarichi individuali in alte funzioni amministrative. Del resto, in Francia, per analoghe ragioni di mutamento di paradigma, la funzione consultiva – da sempre ben più penetrante e strutturata di quella italiana

⁷² L’art. 17, comma 4-*bis*, l. n. 400 del 1988 riserva invero ai «*decreti ministeriali di natura non regolamentare*» la sola «*definizione dei compiti delle unità dirigenziali nell’ambito degli uffici dirigenziali generali*» dei ministeri, cioè mere finalità organizzative.

– non è più detta come in passato la *mission première* del *Conseil d'Etat*: eppure un terzo di quei trecento consiglieri di Stato è normalmente distaccato presso l'amministrazione attiva. Il che anzi ancor più continua a corrispondere a un'esigenza di tenuta e di coerenza generale dell'ordinamento, altrimenti ineguagliabile: ma avviene a titolo individuale e *intuitu personae*, non di istituto: sicché non contrasta la trasformazione di cui parliamo.

A tentare una sintesi di questo *excursus* sui quasi due secoli dal 1831, si ha che le trasformazioni del nostro Consiglio di Stato hanno rispecchiato la trasformazione, italiana ed europea, dello Stato di diritto, seguendo il modo di manifestarsi, di consolidarsi, di evolversi. Il filo rosso è stato – in parallelo alla trasformazione dello stesso Stato di diritto – quello della lenta ma progressiva accentuazione della dimensione contenziosa: avanzata dapprima nel 1859 con la riforma Rattazzi ma interrotta con la giurisdizione unica (1865), reintrodotta definitivamente nel 1899 con la riforma Crispi, poi progressivamente accentuata e affinata. E finalmente portata a carattere dominante con la grande trasformazione generale dell'ultimo trentennio, seguendo l'andamento dei modi generali di realizzazione del diritto e così appunto spostando in sostanza l'organo, fermo il prestigioso nome di *Consiglio di Stato*, verso i caratteri di una corte amministrativa suprema munita di alcune, comunque significative, funzioni consultive.

Tutto questo è ancora una volta lo specchio della capacità del Consiglio di Stato di mutare nel tempo. Questa plasticità è sempre stata di sua una virtù dell'istituto e tale si mostra anche oggi, consentendogli questo significativo adattamento. In effetti l'ibridazione dell'ultimo trentennio avrebbe dovuto portare in contraddizione il Consiglio di Stato e con esso l'intera giustizia amministrativa, contigenza degli ultimi due secoli la cui matrice napoleonica è tra le principali espressioni del precedente paradigma.

Però, quasi paradossalmente, il Consiglio di Stato e la giustizia amministrativa ne sono usciti non indeboliti bensì rinforzati. Questo è avvenuto grazie ai fattori di contesto rispetto ai quali la giustizia amministrativa ha saputo mostrare singolare rispondenza. Anzitutto, grazie proprio al nuovo paradigma di prevalenza dell'*economico* sul *politico*, dall'esterno è stata data minor attenzione alla sua contestualizzazione simbolica, che pure ha perso peso con la sovranità: le sue comunque rimangono forme accettabili in un'ibridazione con il nuovo. Piuttosto, l'attenzione primaria viene ora data alla capacità tecnica del mezzo prescelto, che – nella

tendenza alla giurisdizionalizzazione del diritto – è quello della resa di una risposta di giustizia con particolari qualità e speditezza.

Sicché, in un ambiente ormai attento alla capacità di *governance* dei compiti affidati di fronte alle sfide attuali e dove, con il “tramonto della politica”⁷³, viene a dominare l’amministrazione delle cose piuttosto che la geometria preconstituita degli assetti, diviene risolutivo il valore dell’efficienza nella funzione e della tempestività di risposta (il tempo è sempre più un valore economico e giuridico). È questo profilo che – comparato, occorre dirlo, alla crisi organizzativa della giurisdizione civile – ha conferito al Consiglio di Stato e alla giustizia amministrativa se non una nuova legittimazione, quanto meno una notevole valorizzazione di una tenuta ‘cittadinanza’: ma non più per investitura di una *specialità* ormai obsoleta e non rimpiaanta, bensì – in un contesto dove appunto il mezzo rileva più del fine – per efficienza ed efficacia, di loro utili alla primaria prospettiva economica.

In compenso, questa trasformazione presenta un – al fondo felice – prezzo al quale certo ha contribuito l’affiancamento pluridecennale dei tribunali amministrativi regionali: quello dell’accentazione funzionale di un vero e proprio *giudice*. E, implicitamente, con riferimento ai connotati del *buon giudice* posti da quel nuovo *ius commune*: nel quale l’*arrêt Procola*, pur con le resistenze che ha generato, ha segnato un punto di non ritorno⁷⁴.

In questo ampio quadro, il Consiglio di Stato ha, insieme ai tribunali amministrativi, affinato la strumentazione di giudice e la sua primigenia funzione consultiva è stata interessata dal fenomeno opposto, perdendo numericamente quota e la consultazione trovando altre vie e altre figure capaci, nei loro modi, di offrirla.

Termina così, almeno ad oggi, l’arco della storia di cui ci siamo occupati. L’*exiguum clinamen* segnato, oltre le intenzioni, dalle *Regie lettere patenti* del 13 settembre 1831 che scartarono la via della rappresentatività per preannunciare quella che portò al tecnicismo giuridico-amministrativo, indicò la via perché il Consiglio di Stato potesse divenire, come poi è stato, un’istituzione centrale per dare corpo allo Stato di diritto. L’emergere e il progressivo avanzare, da oltre centotrent’anni, del suo ruolo di

⁷³ E. SEVERINO, *Il tramonto della politica. Considerazioni sul futuro del mondo*, Milano 2017, sulla politica che cede all’economia la gestione della società, limitandosi a garantire il funzionamento del mercato.

⁷⁴ E v. anche, ad es., Kleyn e altri c. Paesi-Bassi, nn. 39651/98, 39343/98, 46664/99 et al., 6 maggio 2003; Sacilor-Lormines c. Francia, n. 65411/06, 9 novembre 2006.

giudice fino a divenirne carattere dominante, riflette la trasformazione dell'ordinamento e l'andamento dei tempi che oggi offrono alla giurisdizione un ruolo ben diverso dal passato. Questo processo lo ha condotto a decisamente avvicinarsi, *immutato nomine*, al modello oggi del tutto prevalente in Europa: dove la realizzazione dello Stato di diritto si è in grande parte decentrata dall'apparato pubblico a, com'è stato efficacemente chiamato, il "custode delle promesse"⁷⁵.

Ricordiamo allora il giovane Re Carlo Alberto e quella prima seduta di quel 4 novembre 1831, centonovant'anni fa, a Palazzo Carignano con quei suoi quindici consiglieri di Stato. Ma considerando qual è oggi la realtà vivente di quest'istituto che – con quel nome – qui nacque in tutt'altro contesto e con ben altri caratteri. Non giova indulgere a un retrospezione simbolica ma decettiva, che prende in considerazione l'icona fissa di un illustre passato del Consiglio di Stato anziché la sua storia e la sua capacità di adattamento e trasformazione, che ne è il vero valore. Prediamone atto e domandandoci quali ne siano le conseguenze – in potenzialità funzionali ma anche nelle non poche fragilità strutturali – rispetto alle esigenze e ai principi che oggi la società considera irrinunciabili.

⁷⁵ A. GARAPON, *Le gardien des promesses: le juge et la démocratie*, Paris 1996 [trad. it., *I custodi dei diritti. Giudici e democrazia*, Milano 1997].

Marco Ruotolo

RIFLESSIONI INTERLOCUTORIE SU VERITÀ,
FIDUCIA E DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA.
SI PUÒ COMBATTERE LA MENZOGNA
NEL C.D. MERCATO POLITICO?

SOMMARIO: 1. Addio alla verità? – 2. La fiducia nel discorso pubblico. – 3. Tradire la fiducia. La menzogna nel mercato politico e le strategie di disinformazione. – 4. Prevenire e sanzionare la menzogna?

1. *Addio alla verità?*

Il presente contributo vuole essere soltanto l'avvio per una riflessione su temi tanto ampi da poter costituire oggetto di un lavoro monografico.

Affrontarli, oggi, mettendoli insieme, significa guardare a un orizzonte reso più ampio dall'evoluzione tecnologica, dalle sfide che derivano dall'impiego degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale, dall'affinamento delle strategie di manipolazione del consenso.

L'assunto di partenza è proprio questo: oggi, più di ieri, vi sono strumenti efficaci per manipolare i rapporti con l'opinione pubblica e in particolare con gli elettori.

L'interrogativo principale, più che mai attuale, può essere il seguente: la verità e la fiducia possono dirsi valori costituzionalmente rilevanti? Fino a che punto le "manifestazioni menzognere" sono "costituzionalmente tollerabili"? Possono davvero costituire limiti alla libertà di espressione?

Se la risposta fosse positiva: quali forme di tutela sono pensabili? Come sanzionare o almeno prevenire le distorsioni della verità capaci di incidere sulla formazione del consenso?

È un terreno di riflessione complesso, che presenta indiscutibili profili di interesse per il costituzionalista. Rimanda, infatti, al rapporto tra autorità e libertà, invoca l'essenza della sovranità popolare, che appartiene al (e non emana dal) popolo (art. 1, secondo comma, Cost.), investe, persino, il rapporto tra i diritti inviolabili e i doveri inderogabili (art. 2 Cost.),

per poi condurci al cuore della rappresentanza democratica, alle forme e alla sostanza della partecipazione di ciascuno alla vita politica del Paese. Una partecipazione, quest'ultima, che, presupponendo l'eguaglianza dei cittadini di fronte alle istituzioni (isonomia), richiede, per essere effettiva, la rimozione di ostacoli di ordine economico e sociale da parte della Repubblica (art. 3, secondo comma, Cost.), mettendo ciascuno in grado di potersi formare liberamente e consapevolmente un'opinione e, tra l'altro, di potere liberamente (e dunque anche consapevolmente) esercitare il diritto di voto (art. 48, secondo comma, Cost.). Senza dimenticare i doveri di solidarietà politica, economica e sociale che qualificano l'appartenenza del *polítēs* alla *politéia*, lo stare insieme, il condividere le sorti di una comunità, il cui adempimento, ove riferito a persone cui siano affidate funzioni pubbliche, è connotato con i significativi caratteri della «disciplina» e dell'«onore» (art. 54, secondo comma, Cost.).

Entro questa cornice, si può davvero dire *addio alla verità*¹? La centralità della funzione di verità nel dibattito pubblico, propria del mondo classico², sembra offuscata nella modernità, come ben rappresentato in un recente studio ove, peraltro, con riguardo alla tematica delle *fake news*, si rileva come la stessa rappresenti forse, non a caso, «il riflesso più importante ed evidente della problematica della postverità nel mondo del diritto»³.

Occorre chiedersi se il discorso intorno alla verità possa essere peculiarmente sviluppato con riguardo alla specifica posizione di chi svolga o aspiri a svolgere funzioni di rappresentanza politica.

¹ Per riprendere il titolo di un noto contributo di G. VATTIMO, *Addio alla verità*, Roma 2009.

² F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, Torino 2011, 265. Sono note, al riguardo, le riflessioni sulla *parresia* proposte da M. FOUCAULT, *Il governo di sé e degli altri. Corso al Collège de France (1982-1983)*, tr. it., Milano 2009, che prendono le mosse dalla filosofia politica di Platone. La correttezza del gioco politico è garantita dalla *parresia*, dal *dire-il-vero*: «non basta che ci sia una democrazia (la condizione formale), non basta che venga esercitato un ascendente (e questa, se volete, è la condizione di fatto). Occorre, in più, che questo ascendente e questo prendere la parola siano esercitati in riferimento a un certo *dire-il-vero*. Il logos che eserciterà il suo potere e il suo ascendente – il logos di coloro che esercitano il loro ascendente sulla città – deve essere un discorso di verità» (168 s.).

³ C. MAGNANI, *Libertà di espressione e fake news, il difficile rapporto tra verità e diritto. Una prospettiva teorica*, in *Costituzionalismo.it*, www.constituzionalismo.it, fasc. 3/2018, 3, che ricorda, in particolare, le polemiche e i dubbi sulla autenticità del consenso in occasione del referendum sulla *Brexit* in Gran Bretagna, dell'elezione di Trump alla Casa Bianca, del referendum costituzionale del 2016, «viste le possibili influenze sugli elettori di informazioni, dati o comunque contenuti alterati e non genuini, specialmente diffusi da Internet, che ne avrebbero eterodiretto la volontà».

Guardando alla trama normativa della nostra Costituzione, se non si può forse affermare che la stessa statuisca «un generale obbligo di verità», nemmeno può dirsi che garantisca le «manifestazioni menzognere». La garanzia, semmai, dovrebbe interessare le «manifestazioni veritiere», con conseguente possibilità di ammettere eventuali limiti e divieti nell'esercizio della libertà di espressione (specificamente tutelata nell'art. 21 Cost.), sanzionando, «in vantaggio della fede pubblica in generale, o di più individuati interessi di singoli o di collettività, il subiettivamente falso, la menzogna (deformante, reticente, patente, latente), il dolo, l'inganno, il raggirio o la frode, ove sia raggiunta la prova della divergenza della espressione dall'interiore pensiero»⁴. In questo modo, valorizzando la dimensione (anche) partecipativa della libertà di manifestazione del pensiero⁵, pur nell'ovvia consapevolezza che la verità non sia necessariamente «una e una soltanto», si vuole sostenere, almeno, e con particolare forza nel contesto del «mercato politico» finalizzato alla acquisizione di funzioni pubbliche, che non possa trovare protezione «una sorta di diritto alla menzogna», la quale, anche se non «vietata in sé, in quanto anch'essa è espressione del pensiero», ben potrà esserlo (e lo è) quando urti «contro uno dei limiti costituzionalmente imposti alla stessa libertà di espressione del pensiero»⁶ o quando la mistificazione non riguardi, propriamente, il giudizio sul fatto ma l'esistenza stessa del fatto, in spregio ai valori della fiducia e della veridicità⁷.

Più in generale, occorre chiedersi se la verità sia solo «oggetto esterno al diritto» – «come accade tutte le volte che determinate norme la

⁴ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958, 36 s. Nella nota 82 di pagina 36 Esposito scrive: «tali divieti e punizioni, si ripete, sono consentiti ma non imposti dal testo costituzionale. Appunto poi perché la Costituzione non statuisce né impone di statuire un generale obbligo di verità, ma si limita a garantire le sole manifestazioni veritiere, i divieti legislativi saranno giustificati solo in rapporto alle concrete finalità pratiche sommariamente indicate nel testo». Su questo aspetto si vedano anche A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 2006, 88 ss.

⁵ Costruzione, in realtà, non seguita da Carlo Esposito che, come noto, annoverava la manifestazione del pensiero tra i «diritti individualistici», escludendo, in particolare, che potesse intendersi come «essenzialmente» diretta a garantire ai singoli la possibilità di concorrere a determinare la politica nazionale.

⁶ P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano 1975, 18, che cita i casi della truffa e dei falsi ideologici. È doveroso però precisare che lo stesso Autore, in successiva opera, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 229, ha scritto che «neppure la diffusione di notizie false può essere considerata illecita in sé e per sé».

⁷ Si argomenterà questa posizione nel par. 4.

disciplinano, ad esempio nelle attestazioni della fede pubblica o nelle dichiarazioni di corrispondenza dell'enunciato al fatto» – o se la stessa non avanzi «anche pretese più interne al mondo del diritto»; se valga soltanto la formula «*Auctoritas non veritas facit legem*» o se, al contrario «*Veritas facit legem*»⁸. Dal nietzschiano «proprio i fatti non ci sono, bensì solo interpretazioni» all'aristotelico «vero significa dire di ciò che è che è, o di ciò che non è che non è»⁹.

Si arriva a lambire una grande questione che è quella della verità come elemento costitutivo del diritto e insieme come oggetto delle norme giuridiche, che si riverbera anche sul nostro tema, in quanto «la questione della corrispondenza del diritto alla verità delle cose presenta un legame anche con la questione della corrispondenza del libero pensiero espresso rispetto alla verità dei fatti narrati»¹⁰. Al tema ha dedicato importanti pagine Peter Häberle, guardando allo Stato costituzionale come «*forum della ricerca della verità*»¹¹, alla verità come fine e mezzo dello Stato costituzionale. I «problemi di verità sono connessi all'esistenza della *tipologia* “Stato costituzionale”: perché quest'ultimo sa di essere nelle sue premesse consegnato a una perpetua ricerca della verità, e perché l'uomo stesso in quanto essere culturale è a sua volta rimesso e forse anche “pre-disposto” alla verità o, quanto meno, alla “veridicità”»¹². E tale ricerca può ben assumere forme nuove, che superano le procedure classiche, avendo come obiettivo non «l'implementazione del diritto penale, ma il superamento del passato, la riconciliazione e l'eventuale introduzione di amnistie»¹³. Secondo quanto ci ricorda Häberle, lo Stato costituzionale

⁸ C. MAGNANI, *Libertà di espressione*, cit., 12 s.

⁹ Di nuovo C. MAGNANI, *Libertà di espressione*, cit., 17 s., e A. PINTORE, *Il diritto senza verità*, Torino 1996, 136 ss., che rileva, tra l'altro, come il linguaggio della verità del diritto rievoca una «visione del mondo essenzialmente antica». Piuttosto che interrogarsi su cosa sia la verità, sarebbe più opportuno chiedersi cosa intendiamo quando asseriamo che una certa affermazione è vera o falsa. Nella prospettiva della corrispondenza del discorso alla realtà si dovrebbe concludere, semplicisticamente, che la realtà è quella descritta dagli enunciati veri. Viceversa, in una logica discorsiva, la verità sarà esito di un confronto e riferita alla tesi emergente che non abbia trovato smentite di rilevante peso. Si prefigura, così, una relazione interna tra verità e giustificazione, secondo modalità ampiamente argomentate da J. HABERMAS, *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali* (1981), tr. it, Bologna 1982; ID., *Verità e giustificazione*, tr. it., Roma-Bari 2001.

¹⁰ Ancora C. MAGNANI, *Libertà di espressione*, cit., 21, il quale afferma che «in entrambe le situazioni è in gioco lo statuto epistemologico del diritto moderno».

¹¹ P. HÄBERLE, *Diritto e verità* (1995), tr. it., Torino 2000, 88.

¹² Ivi, XVI.

¹³ Ivi, XVII.

si avvicina così all'obiettivo della ricerca della verità in forme diverse da quelle tipiche della procedura penale, come testimoniano le commissioni sudafricane e sudamericane per la verità, «strumenti efficaci di rielaborazione e riconciliazione»¹⁴.

Si aprono qui diversi scenari possibili, che richiedono, subito, una precisazione, anche per circoscrivere le nostre riflessioni interlocutorie, che saranno incentrate specialmente sul terzo punto di seguito indicato (pur non mancando “incursioni” sugli altri due). Il discorso sulla “verità” potrebbe infatti: a) essere collegato genericamente al fenomeno dell'uso dei *social network*, quali strumenti per la propagazione di espressioni lesive della dignità altrui e in specie dei c.d. discorsi d'odio (qui il limite sta nel rispetto dei diritti altrui e il “controlimite” sta nella libertà di stampa e di diffusione del pensiero); b) essere riguardato come strumento “politico” di riconciliazione (in una prospettiva di verifica storica tesa al “riconoscimento” della verità a prescindere dalla applicazione di sanzioni in senso stretto); c) essere sviluppato con riguardo alla funzione di rappresentanza politica esercitata dal comunicatore, valorizzando quell'obbligo di veridicità che si è detto poter essere desunto, almeno, dall'art 54, oltre che dagli artt. 1 e 48 Cost., nella prospettiva di una regolamentazione che, pur assicurando la massima apertura nel confronto politico (non considerando illecite, in sé, le opinioni improbabili), tenga in adeguata considerazione le esigenze connesse al diritto ad essere informati correttamente¹⁵.

Con questa precisazione si può tornare alle «questioni di verità nella democrazia pluralistica» indagate da Häberle, utili basi per sviluppare il nostro tema. Sono tre «gli ambiti di problemi» che il giurista tedesco individua nel confronto della democrazia pluralistica dello Stato costituzionale con la questione della verità: «nella controversia sul rapporto tra

¹⁴ Ivi, X. Non mancano esperienze di riconciliazione anche in Italia, storie di giustizia riparativa che hanno coinvolto alcuni protagonisti della lotta armata raccontate nel libro di G. BRETAGNA, A. CERETTI, C. MAZZUCATO (a cura di), *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabilità della lotta armata a confronto*, Milano 2005. Su questo nuovo paradigma, che guarda alla giustizia come strumento di responsabilizzazione in vista del futuro piuttosto che come mero rimedio al passato, si veda ora M. CARTABIA, *Riconoscimento e riconciliazione*, in M. CARTABIA, A. CERETTI, *Un'altra storia inizia qui*, Firenze-Milano 2020, specie 96 ss.

¹⁵ Devo ad un'attenta lettura di Gaetano Azzariti il suggerimento per l'introduzione nel testo di queste precisazioni, davvero utili ad evitare il fraintendimento che sarebbe potuto scaturire per la mancata e chiara illustrazione della diversità dei piani possibili del discorso sulla verità.

“verità e maggioranza”, nella comprensione dei processi di formazione dell’opinione pubblica sociale e infine, e di conseguenza, nell’individuazione dei limiti della libertà di stampa, riconducibili all’interesse di altri beni protetti e nella sua funzionalizzazione a una cronaca che informi nel “rispetto della verità” (anziché diffondere “menzogne mediatiche”)¹⁶. Nel sistema politico il carattere vincolante delle norme può essere esclusivamente fondato dalla maggioranza e non dalla verità? Quale rilievo assumono in questo discorso la tutela dei diritti fondamentali, il rispetto delle particolari garanzie delle minoranze, l’esigenza di un unanime consenso di base? Häberle ci ricorda che il «postulato della verità deve del resto precedere ogni desiderio della maggioranza e dunque presuppone necessariamente procedure aperte, pubbliche»¹⁷. Anche rispetto ai processi di formazione dell’opinione pubblica, occorre avere consapevolezza che il noto assunto per cui la verità si raggiunge attraverso il libero mercato delle idee¹⁸ funziona solo in presenza di una certa eguaglianza di accesso alla comunicazione e a condizione del rispetto del dovere di correttezza giornalistica¹⁹. Qui il diritto penale può intervenire solo parzialmente (si pensi ai reati di diffamazione o vilipendio), restando «numeroso le non verità esenti da sanzione giuridica»²⁰. Ed è questo un aspetto che meriterà di essere approfondito interrogandosi circa la possibilità di limitazione o attenuazione del *freemarket placement of ideas* nel nome di un’informazione veritiera. Anche perché, oggi, nell’era di Internet, il mercato delle idee appare tutt’altro che “libero”²¹.

Ci spostiamo, inevitabilmente, dal piano oggettivo a quello soggettivo, dal “vero” al “veridico”, inteso come dire ciò che si pensa e si ritiene sia vero. Ed è entro questa cornice che si pone poi lo specifico problema della “menzogna” nel discorso politico²². Anche sul punto Häberle for-

¹⁶ P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, cit., 93.

¹⁷ Ivi, 94.

¹⁸ È la metafora impiegata nel 1919 dal giudice Holmes della Corte Suprema degli Stati Uniti nella sua *dissenting opinion* nel caso *Abram v. United States*, 250 U.S., 616, 624 (1919), poi tradotta nella nota formula nell’opinione del giudice Douglas nel caso *United States v. Rumely*, 345 U.S. 41 (1953).

¹⁹ P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, cit., 95.

²⁰ Ivi, 97.

²¹ O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell’era di Internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI (a cura di), *Parole e potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news*, Milano 2017, 49.

²² Oggetto delle note riflessioni di H. ARENDT, *La menzogna in politica. Riflessioni sui «Pentagon Papers»* (1972), tr. it., Genova-Milano 2006. Il breve testo dell’Autrice si riferisce alla pubblicazione sul *New York Times* delle pagine segrete dei *Pentagon Papers*,

nisce importanti spunti di riflessione: «lo stato costituzionale non può rinunciare alla verità come valore culturale. L'hobbesiano “auctoritas non veritas facit legem” non è la verità degli Stati costituzionali»²³. Una «buona politica costituzionale non può completamente rinunciare a una “politica della verità”»; certamente non può rinunciare a «“verità assolute” quali dignità dell'uomo, libertà, tolleranza»²⁴.

Se, come sintetizza Gustavo Zagrebelsky nella quarta di copertina del volume di Häberle, «la democrazia non è il regime della verità» (perché «se c'è la verità, non ci possono essere discussioni, compromessi, elezioni, votazioni, maggioranze e minoranze, dissenso e garanzie»), essa «non può nemmeno essere il regime del contrario della verità, cioè della menzogna e dell'inganno». Anche perché, come ci insegna Häberle, «la verità è un concetto connesso con la libertà, la giustizia e il bene comune»²⁵. E il cittadino, che necessita di verità, deve avere gli «strumenti per *ricercarla* e “conquistarla”»²⁶, potendo vantare non soltanto un diritto ad essere informato, ma anche a non essere disinformato. A venire in rilievo è il delicato rapporto tra “informazione” e “fiducia”, che merita particolare protezione nel contesto del “mercato politico”, in vista di un'effettiva e consapevole partecipazione di ciascuno alla vita politica del Paese. Perché riconoscere che la menzogna sia stata da sempre considerata un mezzo lecito della politica²⁷ non significa affermare che la stessa non incontri, nella sfera pubblica, alcun limite. Il limite principale – come ci ricorda Hannah Arendt – sta proprio nel rapporto con la verità dei fatti; un rapporto senz'altro difficile, perché l'interpretazione dei fatti (specie politici) è in sé problematica e aperta a diverse letture. Il che non significa, però, che questo rapporto non meriti di essere approfondito, guardando specificamente, come si è anticipato, al tema delle menzogne, delle falsità e delle distorsioni dei fatti che siano collegate alla funzione di rappresentanza politica del comunicatore. È proprio partendo da qui che si potrà ragionare su come l'esigenza della regolazione nel contesto

che rivelarono le mistificazioni e le menzogne impiegate dal governo statunitense in occasione della guerra del Vietnam.

²³ P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, cit., 105.

²⁴ Ivi, 108.

²⁵ Ivi, 106.

²⁶ Ivi, 110.

²⁷ La diffusione della menzogna è senz'altro «un'antichissima risorsa per il potere», come ribadito di recente, con puntuali riferimenti storici, da C. PINELLI, *Disinformazione, comunità virtuali e democrazia: un inquadramento costituzionale*, in *Diritto pubblico*, fasc. 1/2022, 173 ss.

c.d. mercato politico possa conciliarsi con il rispetto del pluralismo delle idee, principio cardine dello Stato costituzionale.

2. *La fiducia nel discorso pubblico*

Secondo la nota definizione di Luhmann, la fiducia è da considerare come un «investimento a rischio»²⁸. Tradotta in termini sistemici, ossia riguardata al di fuori della dimensione del rapporto tra individui, meglio si presta ad essere rappresentata quale “fidatezza”, rispondente a criteri statistici e non fondata sulla reciproca affidabilità delle garanzie personali²⁹.

È in questa dimensione che la fiducia o la fidatezza assume rilievo nel discorso giuridico, anzitutto nella rappresentazione della norma come aspettativa di comportamento, che «deve essere tenuta ferma anche in caso di delusione»³⁰. Siamo qui (almeno parzialmente) fuori dall'ambito di questo studio, perché si fa riferimento all'opera del legislatore, o al limite della pubblica amministrazione, e non ai singoli o alle forze organizzate sociali che operano nel “mercato politico”. A venire in rilievo, infatti, è quell'esigenza di «sicurezza giuridica» che trova tra l'altro espressione nel principio del legittimo affidamento³¹, qualificato «elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto»³², in quanto

²⁸ N. LUHMANN, *La fiducia* (2000), tr. it., Bologna 2002, 35.

²⁹ *Trustworthiness*, nella raffigurazione di A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità* (1990), tr. it., Bologna 1994, 88 ss.

³⁰ N. LUHMANN, *Il principio di uguaglianza come forma e come norma* (1991), Roma 2017, 41.

³¹ V., in particolare, le sentenze nn. 416 del 1999 e 525 del 2000, nelle quali la Corte costituzionale è giunta a dichiarare l'illegittimità costituzionale di disposizioni legislative proprio per *autonoma violazione del principio del legittimo affidamento del cittadino* nella sicurezza giuridica. Giova ricordare che, sulla scia della dottrina tedesca, il principio del legittimo affidamento era stato già inteso dalla dottrina italiana come regolante anche l'attività legislativa, ricondotto al più generale principio di buona fede oggettiva: F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano 1970, 3 ss. e 272 (dello stesso Autore v., poi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta» all'«alternanza»*, Milano 2001).

³² Corte cost., sentt. nn. 349 del 1985, 179 del 1996. Si veda anche Cass., sez. V, sent. n. 17576 del 10 dicembre 2002, nella quale è ribadito che «il principio della tutela del legittimo affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che trova fondamento costituzionale nel principio di eguaglianza dinanzi alla legge (art. 3 Cost.), costituisce un elemento essenziale dello Stato di diritto ed è immanente in tutti rapporti di diritto pubblico, compresi quelli in ambito tributario, dove è stato reso esplicito dall'art. 10, comma primo, della legge 212 del 2000».

funzionale ad assicurare, in termini diacronici, la coerenza dell'«ordine giuridico»³³. Lo stesso legittimo affidamento può essere al fondo riguar-

³³ Non è un caso che, come sottolineato da P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano. Piccolo divertissement su alcune questioni di natura definitoria*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, vol. III, Napoli 2012, 1957, proprio in ragione della «postulata coerenza diacronica, la legge preesistente finisce per costituire una sorta di “precedente” per la successiva», rilevandosi che la prima, qualora preveda un certo trattamento riguardo rapporti di durata coinvolgenti situazioni giuridiche soggettive, «non può essere posta nel nulla o, comunque, modificata *in peius* dal legislatore futuro, se non rispettando l'eventuale affidamento, nutrito dai singoli, sulla perduranza di quel trattamento» (significativa, al riguardo, è la nota vicenda – dibattuta in modo particolare negli anni Sessanta del secolo scorso e ripresa nel saggio di Carnevale – delle leggi di incentivazione economica, ritenute “a stabilità necessaria”, cioè non meramente abrogabili o modificabili in senso restrittivo, pena la lesione dell'affidamento degli imprenditori beneficiari). Il che si traduce, sul piano dell'eventuale giudizio di costituzionalità, nell'elevazione della legge precedente «a parametro alla cui stregua misurare la legittimità dello *ius superveniens* peggiorativo (per i titolari di quelle situazioni giuridiche soggettive)».

La nostra Corte costituzionale sembra aver riconosciuto la sussistenza di un dovere del legislatore di non incidere irragionevolmente, con effetti retroattivi, su situazioni regolate da leggi precedenti, come mera «conseguenza, sul lato passivo, di un asserito diritto costituzionale del cittadino alla sicurezza dei rapporti giuridici (o tutela dell'affidamento *tout court*)»: A. PACE, *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Padova 2002, 190, nota 75 *bis* e ivi il richiamo alle sentt. nn. 155 del 1990, 9 del 1993, 390 del 1995, 211 del 1997, 217 del 1998, 229 e 416 del 1999, 419 e 525 del 2000. In argomento, si veda già G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano 1962, 144, che ricerca nel dovere di solidarietà (nella forma del *neminem ledere*) il fondamento del principio del legittimo affidamento; diversamente, M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (Prima parte)*, in *Giur. It.* 2007, 1838, dopo aver collegato il legittimo affidamento all'*humus* fiduciario su cui si regge l'idea illuministica di Stato («patto fondativo tra i cittadini») e dunque averlo qualificato quale «strumento di garanzia della reciproca sicurezza», nega l'esistenza di un autonomo diritto all'affidamento, preferendo parlare di diversi profili di affidamento connessi a ciascun diritto fondamentale (con tutele, dunque, differenziate, e con una possibile diversa modulazione della sua concreta protezione). Con riguardo alla relazione tra sicurezza dei rapporti giuridici, affidamento e certezza del diritto, può vedersi anche M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli 2012, 83 ss.

Di recente, la Corte costituzionale ha peraltro precisato che «l'esercizio della funzione legislativa con disposizioni di interpretazione autentica, che siano realmente tali, può non di meno richiedere che si debba tener conto dell'affidamento scusabile, in precedenza riposto dai destinatari delle stesse nella interpretazione diversa da quella successivamente fissata dal legislatore» (sent. n. 104 del 2022). Va comunque tenuto presente che l'esigenza di ripristinare criteri di equità e di ragionevolezza e di rimuovere sperequazioni e incongruenze può essere ritenuta preponderante rispetto alla tutela dell'affidamento (così la Corte costituzionale nella sent. n. 136 del 2022, ritenendo infondate questioni di

dato come espressione di quell'«*aspettativa*» positiva» che vale a ridurre i rischi innati nell'atto di fidarsi, nei termini specifici della fedeltà agli impegni assunti³⁴.

Ma il discorso può ampliarsi – e ora rientriamo pienamente nelle coordinate di questo lavoro – sino a comprendere la fidezza nel discorso pubblico, collegata all'affidabilità dell'oratore specialmente se riferita a chi svolga o aspiri a svolgere funzioni di rappresentanza politica. L'affidabilità non sembra poter essere scissa dalla veridicità della narrazione, da una rappresentazione che sia effettivamente collegata alla “verità dei fatti”, coesistente all'instaurarsi di un effettivo rapporto di fiducia, fondamento di una rappresentanza che aspiri ad essere democratica.

Ritornando a Luhmann, è stato efficacemente notato che «la fiducia riduce la complessità, ci consente di fronteggiarla e (inter)agire», che il «fidarsi espone a numerosi rischi, ma è anche una risorsa sociale fondamentale molto produttiva», in quanto riduttiva dell'incertezza³⁵. E ciò non può che riverberarsi anche nel momento delle scelte deliberate, in quanto rivolte a fronteggiare l'incertezza, facendo della fiducia «*una componente cruciale in ogni processo decisionale*»³⁶.

Fiducia e verità (o, forse meglio, veridicità) possono così incontrarsi³⁷, anche se nelle scelte di diritto positivo, pure riguardanti il discorso

legittimità costituzionale riguardanti la disposta riduzione dei vitalizi regionali trentini, considerato anche l'ammontare del trattamento che le misure riduttive consentono di mantenere).

³⁴ C. CASTELFRANCHI, R. FALCONE, *Il rischio nel fidarsi. La fiducia nel rischiare. Equilibratori cognitivi del comportamento*, in *Sistemi intelligenti*, fasc. 2/2017, 296. L'affidarsi reciprocamente, creando aspettative che hanno a che fare con la fiducia, è al centro della recente riflessione di T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari 2021. L'elemento della cooperazione, della relazione tra le persone, è posto a fondamento della stessa normatività (a fronte di una prescrizione normativa, “mi aspetto che l'altro faccia ciò che è tenuto a fare”), che non può basarsi soltanto sulla minaccia della sanzione. Di qui la critica di Greco a una cultura giuridica basata sulla sfiducia, sul sospetto, al c.d. machiavellismo giuridico, la cui essenza può essere sintetizzata nella nota frase per cui «è necessario, a chi dispone una repubblica e ordina leggi in quella, presupporre tutti gli uomini rei, e che li abbiano sempre a usare la malignità dello animo loro qualunque volta ne abbiano libera occasione» (*Discorsi*, I, 3, 2).

³⁵ C. CASTELFRANCHI, R. FALCONE, *Il rischio nel fidarsi*, cit., 306.

³⁶ Ivi, 307.

³⁷ Come ha scritto L. CEDRONI, *Menzogna e politica nella modernità*, in *www.libertaejustitia.it*, 2012, 2, «mentire è “violare una certa aspettativa” coltivata – ad esempio – dall'ignaro cittadino il quale crede che, in mancanza di ragioni per il contrario, i politici siano sinceri nelle loro asserzioni. La legittimità del potere si basa anche sull'aspettativa di veridicità». Altrimenti, «il legame fiduciario tra governanti e governati, suggellato dal voto, verrebbe meno e l'obbligo politico che ci spinge ad obbedire sarebbe sciolto» (della

pubblico e in particolare le competizioni elettorali, tende ad ammettersi la libertà di mentire, la quale potrebbe incontrare il solo limite della diffamazione. In tal modo, però, non si tiene conto di quanto la menzogna possa incidere sul libero processo politico, non solo impedendo che lo stesso progredisca, ma finendo per determinarne il sovvertimento. Come ha scritto Hannah Arendt, «i fatti danno forma alle opinioni, e le opinioni, ispirate dalle passioni e da diversi interessi, possono divergere ampiamente e perfino così essere legittime se rispettano la verità fattuale. La libertà d'opinione è una farsa se non viene garantita l'informazione obiettiva e non si accettano i fatti stessi. In altre parole, la verità fattuale configura il pensiero politico esattamente come la verità razionale configura la speculazione filosofica»³⁸.

La menzogna – specie quella «organizzata» di cui parla Arendt³⁹ – altera il gioco democratico⁴⁰, incide sulle basi di partenza della decisione del singolo, inquina il funzionamento della politica, sia in ottica conservatrice, sia, maggiormente, in prospettiva progressista. Trasformare (ma anche conservare) la realtà presuppone la rappresentazione di ciò che è, non la sua negazione mediante falsificazione. Quella realtà sarai poi criticata, accettata o addirittura esaltata, in base alla propria visione politica, potendo l'esigenza del suo cambiamento o della sua conservazione essere la ragione giustificativa della singola proposta o decisione fondata, appunto, sulla “lettura” e non sulla negazione della verità.

A ben vedere, più che la verità (o persino la veridicità) è dunque la menzogna, specie se organizzata, a poter rappresentare un limite per le libere opinioni nel mercato politico, in quanto lesiva dei diritti politici altrui e, specificamente, del diritto ad essere correttamente informati. Il che significa, senz'altro, guardare al tema dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero non in termini unitari, ma valorizzando il *fine* della comunicazione e guardando anche al *soggetto* comunicatore, ove

stessa Autrice si veda il libro *Menzogna e potere nella filosofia politica occidentale*, Firenze 2010). Si potrebbe dire – citando M. P. LYNCH, *La verità e i suoi nemici* (2004), tr. it., Milano 2007 – che «buona parte dell'attività cooperativa umana dipende dall'assunto che le persone si dicano reciprocamente la verità» (215).

³⁸ H. ARENDT, *Verità e politica* (1967), tr. it., Torino 2004, 35.

³⁹ Ivi, 34.

⁴⁰ «La menzogna intenzionale – strumento ordinario della vita pubblica – dovrebbe trattarsi come crimine maggiore contro la democrazia e i mentitori dovrebbero considerarsi non già come abili, e quindi perfino ammirevoli e fors'anche simpaticamente spregiudicati uomini politici ma come corruttori della politica»: G. ZAGREBELSKY, *Imparare la democrazia*, Roma 2005, 31.

tali elementi implicano il venire in gioco di altri principi costituzionali e dunque l'esigenza della loro tutela (con riguardo alla comunicazione politica, ovvero alla funzione di rappresentanza politica esercitata dal comunicatore, il riferimento è, anzitutto, ai già richiamati principi che trovano espressione negli artt. 1, 48 e 54 Cost.)⁴¹.

3. *Tradire la fiducia. La menzogna nel mercato politico e le strategie di disinformazione*

Per questa via non si vuole proporre un'etica della verità⁴², nel convincimento, autorevolmente rappresentato, che il dubbio non sia il contrario della verità⁴³. Si intende, piuttosto, distinguere il piano dell'esisten-

⁴¹ Devo di nuovo a Gaetano Azzariti questa suggestione circa la possibilità di considerare non in termini unitari i limiti alla libertà di manifestazione del pensiero.

⁴² È nota la polemica tra Kant e Constant che riassumerò citando due passi tratti da loro opere. Per Kant – nella scia di Agostino, che considera la menzogna l'origine stessa del peccato, artificio di Satana – la veridicità nelle dichiarazioni che non possiamo eludere è un dovere formale dell'uomo verso ogni altro uomo: «la menzogna è spregio e, insieme, annientamento della dignità del mentitore. Un uomo che non crede egli stesso a ciò che dice a un altro (...) ha un valore inferiore a quello di una semplice cosa»; «il mentitore risulta essere solo un'apparenza ingannevole d'uomo, ma non un vero uomo»: I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1797), tr. it., Roma-Bari 2016, 430. Constant risponde affermando che «il principio morale che dire la verità è un dovere renderebbe ogni società impossibile, se fosse preso in modo incondizionato e isolato. Ne abbiamo la prova dalle conseguenze molto dirette che ha tratto da questo principio un filosofo tedesco, il quale arriva al punto di affermare che sarebbe un delitto la menzogna di fronte a un assassino che ci chiedesse se il nostro amico, da lui inseguito, non si sia rifugiato in casa nostra»: B. CONSTANT, *Sulle reazioni politiche* (1797), in A. TAGLIAPIETRA, *La verità e la menzogna. Dialogo sulla fondazione morale della politica*, Milano 1996, 209.

⁴³ G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari 2009. Come ha scritto J. MILTON, *Aeropagitica. Discorso sulla libertà di stampa* (1644), tr. it., Milano 2002, 63, la verità non può «imputridire» in uno «stagno melmoso di conformismo e tradizione». Nella visione successivamente proposta da J.S. MILL, *Saggi sulla libertà* (1859), tr. it., Milano 2014, è proprio la libertà di espressione – o, meglio, il confronto tra le opinioni che scaturisce dal suo esercizio – a condurci alla verità. Ad assumere rilievo è anche la questione del rispetto della posizione contraria, il dar voce alle minoranze, fondamentale in democrazia, secondo le note riflessioni poi sviluppate da R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), tr. it., Bologna 2010. Ma c'è un limite all'espressione del dissenso? Fino a che punto, in particolare, può darsi spazio a minoranze antidemocratiche, che propagandano valori antitetici a quelli propri delle società democratiche? Sono domande, opportunamente riproposte nel libro di A. NICITA, *Il mercato delle verità. Come la disinformazione minaccia la democrazia*, Bologna 2021, 129 ss., che non possono trovare risposte nell'assunto per cui la minoranza rimarrà sempre tale, anche perché proprio l'impiego di strategie di disinformazione potrebbe favorirne il successo. È il paradosso della tolleranza,

za da quello della conoscenza e della rappresentazione dei fatti. Ciò vale, in modo particolare, nel c.d. mercato politico, ove la menzogna può ben essere riguardata nei termini di tradimento della fiducia ricercata (specie nella prospettiva del voto)⁴⁴ od ottenuta (a seguito dell'acquisizione del consenso).

Le strategie di manipolazione sono diverse e seguono particolari percorsi nell'utilizzo del web, per lo più fondate sulla profilazione algoritmica. Le stesse sono efficacemente descritte in un recente volume di Antonio Nicita: le *fake news*, o meglio le «strategie di disinformazione», deliberatamente create e diffuse per danneggiare una persona, un gruppo sociale o un'organizzazione, producono "verità alternative", che poi sono le "verità desiderate" da alcuni, che ne confermano la visione (si rafforza la convinzione di verità rispetto a ciò che si vorrebbe sia vero)⁴⁵. Si creano vere e proprie "isole informative" (*Filter Bubbles, Echo Chambers*)⁴⁶,

che può mettere in discussione la sopravvivenza stessa della democrazia, secondo la nota riflessione di K.R. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici. Platone totalitario (vol. I)* (1945), tr. it., Roma 1973.

⁴⁴ Sui rischi derivanti dall'impiego delle tecnologie per la manipolazione politico-elettorale e più in generale sulle possibili implicazioni dell'utilizzo di *big data* e intelligenza artificiale per la democrazia: D. HELBING, B.S. FREY, G. GIGERENZER, E. HAFEN, M. HÄGNER, Y. HOFSTETTER, J. VAN DEN HOVEN, R. V. ZICARI, A. ZWITTER, *Will Democracy Survive Big Data and Artificial Intelligence?*, in D. HELBING (Ed.), *Towards Digital Enlightenment: Essays on the Dark and Light Sides of the Digital Revolution*, Springer International Publishing 2018, 73 ss., https://doi.org/10.1007/978-3-319-90869-4_7.

⁴⁵ A. NICITA, *Il mercato delle verità*, cit., 7 ss., 29, 58, 190 s., il quale, tra l'altro, rileva che «siamo sempre più intrappolati in un *mercato delle verità* dove si comprano e si vendono *fatti verosimili* in funzione delle emozioni che sanno suscitare e delle nostre verità desiderate» (11). Nicita distingue le «disinformazione» dalla «mailinformazione», riferita «alla costruzione e alla diffusione consapevole e intenzionale di false contestualizzazioni di fatti veritieri, presentati tuttavia in modo tale da utilizzare strategicamente la veridicità del fatto al fine di accreditarne allo stesso tempo la falsa contestualizzazione»; da tali ipotesi andrebbe distinta la «misinformazione», nella quale «contenuti informativi non veritieri sono suscettibili di essere recepiti come reali, ma non sono creati o diffusi con intenzionalità e spesso nemmeno con consapevolezza, o addirittura in buona fede» (59 s.). In argomento v. anche L. CALIFANO, *La libertà di manifestazione del pensiero ... in rete; nuove frontiere di esercizio di un diritto antico*. Fake news, hate speech e profili di responsabilità dei social network, in *Federalismi*, www.federalismi.it, n. 26/2021, 10, la quale sottolinea che per aversi *fake news* «alla falsità della notizia e alla personale consapevolezza della sua falsità deve legarsi (...) il dolo specifico consistente nella volontà, scientemente perseguita, di diffondere notizie ingannevoli».

⁴⁶ Si tratta di fenomeno oggetto di ampia discussione in occasione dello scandalo *Cambridge Analytica*, società di consulenza britannica che ha gestito dati per influenzare le campagne elettorali, combinandoli e analizzandoli in vista di comunicazioni mirate che, tenendo conto delle inclinazioni degli utenti, facevano leva sulle debolezze e le paure

popolate da chi la pensa allo stesso modo, favorendo la polarizzazione e la radicalizzazione nel contesto di quello che è stato definito come pregiudizio di conferma⁴⁷, che contraddice l'etica del dubbio rendendo il cambiamento di posizione all'esito del confronto quasi impossibile a verificarsi⁴⁸. Tutto il contrario di quella ricerca della verità che sia esito di un libero mercato delle idee. La rilevanza del fatto obiettivo è superata dalla costruzione di una verità che in realtà corrisponde alla pregressa convinzione personale. Si parla di post-verità per alludere ad una verità desiderata, consolidata e diffusa attraverso strategie di disinformazione che sfruttano la conoscenza da parte delle fonti informative di quelle che sono le preferenze dei destinatari della comunicazione. Non manca il pluralismo (almeno delle fonti)⁴⁹, ma lo stesso si dispiega fuori dalla

degli utenti. La società ha chiuso le sue attività nel 2018, a seguito dello scandalo dovuto all'emersione di notizie circa la manipolazione dell'elettorato sia in occasione delle elezioni presidenziali statunitensi del 2016 (a favore di Trump) sia in occasione del referendum inglese noto come *Brexit*.

⁴⁷ C. R. SUNSTEIN, #*Republic.com. La democrazia nell'epoca dei social media* (2017), tr. it., Bologna 2017, che richiama la definizione dello psicologo R. NICKERSON, *Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises*, in *Review of General Psychology*, 2, 2, 1998, 175, il quale identifica il «*Confirmation Bias*» nella ricerca e nell'interpretazione di prove in modo che siano favorevoli a esistenti credenze, aspettative o ipotesi del soggetto interpretante. Nella dottrina italiana si veda il noto volume di D. PALANO, *Bubble Democracy. La fine del pubblico e la nuova polarizzazione*, Brescia 2020.

⁴⁸ Di particolare interesse ai fini del nostro studio è la riflessione circa le conseguenze di tali manipolazioni sul piano della rappresentanza politica proposta da A. CARDONE, *Decisione algoritmica vs decisione politica. A.I. Legge Democrazia*, Napoli 2021, 71 s.: «le conseguenze del ricorso agli algoritmi nella comunicazione a contenuto politico operano sul piano dei rappresentati, determinando una frammentazione delle istanze degli individui che diventa ancor più estrema di quanto non sarebbe comunque in forza del carattere pluralistico degli ordinamenti giuridici contemporanei»; «la sfera dell'opinione pubblica esce sostanzialmente frantumata in una miriade di ristrette cerchie tendenzialmente autoreferenziali». Ancor prima si veda la monografia di J.D. OHLIN, *Election Interference. International Law and the Future of Democracy*, Cambridge 2020.

Per altro aspetto, l'evoluzione tecnologica ci pone di fronte alla più generale e delicata questione circa le implicazioni del mezzo impiegato per l'espressione della scelta, non sempre idoneo ad assicurare che la stessa sia esito di un confronto o comunque di un'adeguata ponderazione. Se ne è discusso, di recente, a proposito dell'impiego della firma digitale per la sottoscrizione dei quesiti referendari, rilevando «la non assoluta neutralità della modalità espressiva riguardo alla formulazione della scelta» e notando come «un eccesso di facilità di espressione della scelta possa indurre (o recare con sé) una disinvoltura nella scelta» (P. CARNEVALE, *La richiesta di referendum abrogativo dinanzi alle risorse della digitalizzazione. Qualche prima considerazione sulla sottoscrizione per via telematica*, in *Nomos*, *www.nomos.it*, fasc. 3/2021, 6).

⁴⁹ Forti preoccupazioni sono emerse al riguardo a seguito dell'annuncio, nell'aprile 2022, del possibile acquisto di *Twitter* da parte di una società controllata dall'imprendi-

cornice di fatti verificati, così alterando, se non sovvertendo, uno dei presupposti essenziali per un confronto leale e democratico. Di qui la proposta, rivolta a recuperare uno dei cardini del buon funzionamento della democrazia, di ricavare dalla libertà di manifestazione del pensiero non solo il diritto a informare e ad essere informato, ma anche il «diritto a non essere disinformato»⁵⁰, pretendendone tutela pure attraverso forme di prevenzione e sanzione che permettano di combattere gli strateghi della disinformazione e di proteggere efficacemente gli utenti.

Senza dimenticare che per arginare il fenomeno sarebbe da perseguire preliminarmente la via della dotazione a ciascuno di strumenti idonei (anzitutto di tipo culturale) per partecipare consapevolmente alla vita democratica. Non solo per poter esprimere davvero liberamente il proprio pensiero, ma anche, e forse soprattutto, per non essere condizionati passivamente dall'altrui manifestazione del pensiero, che da esercizio di un diritto può agevolmente trasformarsi in mera espressione di potere, di prevaricazione, persino di incitazione alla violenza e al sopruso. È il presupposto essenziale per resistere alle strategie, spesso sofisticate, di manipolazione del consenso, per favorire effettivamente il libero confronto tra le opinioni⁵¹, per consentire l'emersione del dissenso e dunque la rigenerazione del processo democratico. Essendo sempre capaci, secondo la formula aristotelica, di capire un pensiero diverso dal nostro, senza avere bisogno di accettarlo.

tore Musk, che in più occasioni si è definito "assolutista della libertà di parola". I timori riguardano proprio la possibile formazione di oligopoli informativi incompatibili con il pluralismo e il superamento delle politiche di moderazione dei contenuti attualmente praticate da *Twitter*.

⁵⁰ A. NICITA, *Il mercato delle verità*, cit., 9 e 15, 182, 220 ss. che richiama analoga posizione di C.R. SUNSTEIN, *Falsehoods on the first amendment*, in *Harvard Journal Law & Technology*, 33, 2, 2020, 388 ss.; ID., *Liars: Falsehood and Free Speech in Age of Deception*, Oxford 2021. Con riguardo all'Italia, come esempio di concretizzazione del diritto a non essere disinformati compiuto a livello di normazione primaria, A. NICITA, *op. cit.*, 218, richiama i principi generali del testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici digitali (d.lgs. n. 177 del 2005), che comprendono, per tutte le emittenti, «l'obiettività, la completezza, la lealtà e l'imparzialità dell'informazione», oltre all'«apertura alle diverse opinioni e tendenze politiche, sociali, culturali e religiose».

⁵¹ Solo così si può tornare al modello ideale di Mill, che guarda alla discussione come strumento essenziale per la scoperta della verità, davvero potendo pensare che il mercato delle idee non determini l'inclinarsi di fronte alla migliore offerta. Come ha scritto di recente D. GAMPER, *Le parole migliori. Della libera espressione* (2019), Roma 2021, 102, «nello scambio di parole sensate» ci inchiniamo «di fronte alle migliori ragioni, le quali non dipendono dal modo in cui queste si presentano o sono confezionate. Le parole migliori sono quelle che ci conducono alle migliori ragioni».

4. *Prevenire e sanzionare la menzogna?*

Fino a che punto si possono vietare le “false” comunicazioni politiche?

Nella Patria della *Freedom of speech* – ove forte è il convincimento che lo scopo del Primo Emendamento («Il Congresso non potrà emanare leggi (...) per limitare la libertà di parola o di stampa») sia «preservare il libero mercato delle idee, nel quale la verità alla fine prevarrà»⁵² – vi sono diverse leggi degli Stati federati che proibiscono le *fake news* in campagna elettorale. La giurisprudenza della Corte suprema, quando chiamata a sindacarle, tende, però, a ritenere tali normative contrarie al Primo Emendamento, nella misura in cui limitino ingiustificatamente l’offerta di idee politiche⁵³. Ma vi è un punto interessante che spesso viene sottovalutato: la limitazione intanto potrà dirsi ragionevole, in quanto si dimostri l’esistenza di un interesse prevalente e sempre che non ne derivi una restrizione alla libertà di opinione⁵⁴. Su queste basi, che sembrano, ad esempio, poter legittimare scelte normative che distinguano la menzogna riguardante un avversario politico, reprimibile ove deliberatamente falsa, da quella che riguardi le proprie qualità (utili alla campagna elettorale)⁵⁵, si è provato a distinguere tra il piano epistemologico, che ha a che fare con la conoscenza dei fatti, e il piano ontologico, che ha a che fare con l’esistenza dei fatti⁵⁶. Distinguere i fatti dai giudizi sui fatti⁵⁷ per provare

⁵² Corte Suprema USA, *Red Lion Broadcasting, Co., Inc. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969).

⁵³ Sugli orientamenti della Corte suprema in materia si veda, di recente, L.C. BOLLINGER, G.R. STONE, *The Free Speech Century*, Oxford 2019.

⁵⁴ Corte Suprema USA, *Brown v. Heritage*, 456 U.S. 45 (1982).

⁵⁵ Così G. CRISCENTI, *Il libero mercato delle idee. Twitter versus Donald Trump*, in *Giustizia insieme*, www.giustiziainsieme.it, 11 gennaio 2021, a proposito della modifica allo statuto sulle *fake news* operata dallo Stato di Washington a seguito della pronuncia della Corte Suprema di Washington, *State v. 119 Vote No! Committee*, 957 P.2d 691 (1998). In argomento si veda anche A. NICITA, *Il mercato delle verità*, cit., 194, laddove afferma che «costruire la propria libera opinione a partire dalla libertà di costruire i propri fatti sarebbe una contraddizione in termini»; e, ancora: «nel mercato delle idee, è il dialogo, tramite il quale si realizza lo scambio delle idee a partire dai fatti condivisi, a dare sostanza alla libertà di espressione. Dunque, non è la libertà di espressione a permettere di conseguire la verità, come sostenne Mill, ma la verità condivisa dei fatti a permettere la libertà di opinione e a darle legittimità politica» (195).

⁵⁶ Sempre G. CRISCENTI, *Il libero mercato delle idee*, cit., che richiama il pensiero del filosofo realista John Searle. Ma possiamo di nuovo citare anche H. ARENDT, *Verità e politica*, cit., 35, per affermare che le opinioni non vanno confuse con i fatti e che sono questi ultimi a informare le prime.

⁵⁷ È opportuno qui di nuovo richiamare, in senso critico rispetto a quanto affer-

a prevenire e se del caso a reprimere le mistificazioni che pretendano di ridurli a mere opinioni. È un discrimine sottile, persino scivoloso⁵⁸, la cui definizione appare però, specie se meglio circoscritta, compatibile con i principi costituzionali e con le esigenze ad essi sottese di veridicità e fiducia consustanziali alla rappresentanza democratica. A venire in rilievo, come possibile base del limite alla manifestazione del pensiero collegata alle funzioni di rappresentanza politica, è, propriamente, la menzogna, la mistificazione del fatto, il falso.

Si potrebbe persino sostenere, in una prospettiva parzialmente diversa fondata esclusivamente sulla distinzione tra fatti e giudizi sui fatti, che non saremmo, propriamente, sul piano dei limiti (per quanto impliciti) alla libertà di manifestazione del pensiero, ma su quello, preliminare, dell'affermazione o del riconoscimento dei fatti che sono alla base dell'espressione di opinioni personali. Diffondere una notizia priva di ogni fondamento o negare evidenze scientifiche comprovate è espressione di un'opinione (tutelata dalla Costituzione) o affermazione di un fatto? Se si ricade nella seconda ipotesi se ne può affermare la verità o la falsità, e ricorrendo quest'ultima circostanza se ne può invocare la repressione, non solo perché eventualmente diffamatoria (art. 595 c.p.) o tale da determinare turbamento dell'ordine pubblico (art. 656 c.p.)⁵⁹, ma anche perché idonea ad alterare il gioco democratico e, tra

mato nel testo, la nota frase nietzschiana per cui «proprio i fatti non ci sono, bensì solo interpretazioni» (F. NIETZSCHE, *Frammenti postumi 1885-1887*, tr. it., Milano 1975, vol. VII, tomo I, 299), solitamente intesa come espressione di una posizione antipositivistica, in quanto, appunto, il fatto presente alla coscienza dell'uomo sarebbe sempre interpretazione. Una diversa lettura di questa frase è offerta da F. D'AGOSTINI, *Realismo? Una questione non controversa*, Torino 2013, che non la intende come affermazione ontologica ("la realtà non esiste"), né come formula riassuntiva di un'ermeneutica antirealista. La distinzione tra fatti e interpretazioni (e dunque ricostruzioni, se si vuole descrizioni interessate dei fatti) sarebbe solo epistemica, essendo difficile sostenere che i "veri" fatti sono i fatti non interpretati, poiché anche le interpretazioni sono fatti e dunque esistono (il problema non sarebbe, perciò, l'esserci dei fatti o delle interpretazioni, ma l'esserci degli uni e degli altri). Nella prospettiva dell'Autrice, l'antirealismo non sarebbe mai esistito in filosofia, poiché i fatti sono sempre stati, hegelianamente, "il vivente pane della ragione".

⁵⁸ La distinzione ha trovato anche qualche riscontro nella giurisprudenza di Strasburgo con riguardo al pensiero negazionista riferito a fatti storici incontestabili (Shoah), ritenuto sottratto alla protezione dell'art. 10 CEDU: Corte EDU, 23 settembre 1998, *Lehideux et Isorni contro Francia*; 24 giugno 2013, *Garaudy contro Francia*.

⁵⁹ «Chiunque pubblica o diffonde notizie false, esagerate o tendenziose, per le quali possa essere turbato l'ordine pubblico, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 309». La norma ha natura sussidiaria, potendo essere assorbita dalle fattispecie ex artt. 265 c.p. (disfattismo politico), 267 c.p. (disfattismo economico), 169 c.p. (attività antinazionale del cittadino), 501 c.p.

l'altro, la genuinità del voto e perciò la sua libertà, costituzionalmente presidiata dall'art. 48, secondo comma, Cost. È questa una strada che – se opportunamente delimitata con riguardo alla menzogna, piuttosto che alla mera interpretazione del fatto – sembra percorribile per regolare il “mercato politico”, purificandolo da indebite manipolazioni nei rapporti con gli elettori e con l'opinione pubblica, al fine di preservare i valori della veridicità e della fiducia, in quanto elementi costitutivi della democrazia rappresentativa.

In chiave regolatoria occorre, però, tener conto della peculiarità degli strumenti impiegati nella prospettiva della manipolazione. Senza precludere, specie con riferimento all'utilizzo della rete, forme utili di autoregolamentazione⁶⁰, a condizione che non se ne predichi l'esclusività⁶¹. Non mancano indicazioni in tal senso, sinora maturate, specialmente, nella direzione del contrasto del fenomeno dei c.d. discorsi d'odio (*hate speech*), identificati nella Raccomandazione (97) 20 del Comitato

(rialzo o ribasso fraudolento dei prezzi) e 658 c.p. (procurato allarme presso l'Autorità). Altre fattispecie rilevanti sono quelle dell'ingiuria, dell'istigazione e del vilipendio. Sulle forme di protezione del valore della fede pubblica e di tutela dei diritti della persona contro espressioni in grado di ledere la dignità della persona, si veda T. PADOVANI, *Menzogna e diritto penale*, Pisa 2014.

⁶⁰ Come ricorda A. NICITA, *Il mercato delle verità*, cit., 180 s., le piattaforme sono solitamente esentate dalla responsabilità editoriale per i contenuti veicolati, come accade negli Stati Uniti in base alla sezione 230 del *Communications an Decency Act* del 1996, con riguardo all'intermediazione *online* di contenuti di terzi. Non mancano, però, politiche di moderazione dei contenuti esito di autoregolamentazione (codici di condotta), che prevedono segnalazioni, rimozione di contenuti, soppressione di account, espulsioni. Tali interventi sono previsti, in particolare, per ipotesi di cyberbullismo, pornopedofilia, molestie, *hate speech*, ma anche per il contrasto alla disinformazione nei periodi elettorali.

⁶¹ In tema indico, nella ormai copiosa letteratura italiana, la parte monografica del fascicolo 1/2022 di *DPCE Online*, www.dpceonline.it, e ivi, in particolare, i contributi di C. CASONATO, *L'intelligenza artificiale e il diritto pubblico comparato ed europeo*, 169 ss., e di A. SIMONCINI, E. CREMONA, *La AI fra pubblico e privato*, 253 ss. Segnalo, inoltre, i seguenti lavori, tutti pubblicati in *Medialaws*, www.medialaws.eu: M. BASSINI, G.E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, fasc. 1/2017, 11 ss.; M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, fasc. 1/2017, 26 ss.; C. PINELLI, “Postverità”, *verità e libertà di manifestazione del pensiero*, fasc. 1/2017, 41 ss.; F. PIZZETTI, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, fasc. 1/2017, 48 ss.; C. MELZI D'ERIL, *Fake news e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici*, fasc. 1/2017, 60 ss.; M. MONTI, *Fake news e social network: la verità ai tempi di Facebook*, fasc. 1/2017, 79 ss.; G. DE GREGORIO, *The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, fasc. 1/2017, 91 ss.; N. ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di una “Autorità pubblica della verità”?*, fasc. 1/2018, 12 ss.; G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, fasc. 1/2018, 19 ss.

dei Ministri del Consiglio d'Europa in «qualunque forma di espressione che diffonda, inciti, promuova o giustifichi l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza, incluse l'intolleranza espressa attraverso il nazionalismo aggressivo e l'etnocentrismo, la discriminazione e l'ostilità contro le minoranze, i migranti e le persone di origine migrante». Particolare attenzione è stata dedicata in tale ambito all'uso del web, anche in ragione della capacità del mezzo di assicurarne una diffusione capillare (a livello globale) e di riuscire in molti casi a preservare l'anonimato dell'autore. Di ciò si occupa, sempre a livello di Consiglio d'Europa, il primo Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica, adottato a Strasburgo il 28 gennaio 2003, che impegna gli Stati a considerare reati i seguenti comportamenti commessi a mezzo di sistemi informatici: promozione o incitazione alla violenza tramite diffusione di materiale razzista e xenofobo; minacce e insulti di matrice razzista e xenofoba; negazione, grave minimizzazione, approvazione o giustificazione dei crimini di genocidio o contro l'umanità⁶².

Per quanto si tratti di situazioni sicuramente diverse⁶³, l'esperienza maturata rispetto agli *hate speech* potrebbe essere opportunamente sviluppata, quanto a modalità di contrasto, anche rispetto al fenomeno della diffusione delle *fake news* nel c.d. mercato politico. La lotta a simili fenomeni richiede necessariamente una collaborazione di livello sovra-

⁶² La Convenzione di Budapest sulla criminalità organizzata è stata adottata il 23 novembre 2001 nell'ambito del Consiglio d'Europa ed è il primo accordo internazionale che riguarda propriamente i crimini commessi attraverso internet o altre reti informatiche. L'obiettivo è promuovere una politica coordinata tra gli Stati membri contro il crimine informatico. Nel novembre 2021 è stato adottato un secondo Protocollo addizionale relativo alla cooperazione rafforzata e alla divulgazione delle prove informatiche.

Da richiamare è anche la Convenzione Onu contro il crimine organizzato transnazionale, firmata a Palermo nel 2000, che vede la partecipazione di oltre 190 Stati, la quale contiene norme in materia di indagini, sorveglianza elettronica, cooperazione giudiziaria, responsabilità da reato degli enti, riferite anche agli intermediari di internet.

Per una descrizione dei contenuti delle citate convenzioni e per il rilievo circa il ruolo "suppletivo" della Convenzione di Palermo quale principale strumento internazionale di riferimento per il suo più ampio ambito di operatività, coinvolgente molti Stati che non hanno sottoscritto la Convenzione di Budapest, si veda A. MATTARELLA, *La futura convenzione Onu sul cybercrime e il contrasto alle nuove forme di criminalità informatica*, in *Sistema penale*, www.sistemapenale.it, fasc. 3/2022, 50 ss.

⁶³ L'illegittimità delle espressioni "odiose" si lega direttamente alla lesione della dignità delle persone. Il fondamento del loro divieto non sta dunque solo (o tanto) nell'assenza di verità o veridicità della affermazione, ma nell'odio in sé espresso attraverso la manifestazione del pensiero.

nazionale, che coinvolga anche le imprese che operano in rete⁶⁴, come accaduto con l'adozione (maggio 2016) di un «Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio on line», da parte di Commissione europea, *Facebook*, *Microsoft*, *Twitter*, *YouTube*, al quale hanno poi aderito anche *Google*, *Instagram*, *Dailymotion*, *Snapchat*. A seguito di tale iniziativa è stato avviato un monitoraggio costante sulla rimozione dei contenuti illeciti segnalati, che ha peraltro fatto emergere il problema del contrasto agli *hate speech* in siti i cui server siano allocati in Paesi che non riconoscano le condotte descritte come illegali. Non sono mancati interventi successivi di regolamentazione (tra i quali il *Code of Practice on Disinformation*, pubblicato nel settembre 2018 dalla Commissione europea e sottoscritto dalla principali *Internet platforms*), finalizzati più ampiamente al contrasto delle *fake news*, specie durante l'emergenza pandemica⁶⁵. E si è accresciuta la consapevolezza circa la

⁶⁴ In tale direzione già si muoveva la Corte di Giustizia dell'Unione europea, riconoscendo un importante ruolo di "filtro" alle *media companies* per assicurare il diritto all'oblio. La persona interessata può, infatti, richiedere al gestore del motore di ricerca la rimozione di dati personali; in caso di mancato riscontro l'interessato può adire l'autorità di controllo o l'autorità giudiziaria affinché queste effettuino le verifiche necessarie e ordinino al suddetto gestore l'adozione di misure precise conseguenti (Corte di giustizia, 13 maggio 2014, causa C-131/12, c.d. *Google Spain*).

⁶⁵ Senza pretesa di completezza, si pensi, anzitutto, alla istituzione da parte della Commissione europea del gruppo di lavoro *High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation* (12 gennaio 2018) e alla definizione, da parte della Commissione europea e dell'Alto rappresentante, di un più generale piano di azione contro la disinformazione (*Action Plan on Disinformation: Commission Contribution to the European Council*, 13-14 dicembre 2018), che prevede il coinvolgimento della società, rafforzando la cooperazione tra autorità pubbliche, giornalisti, ricercatori, verificatori di fatti e piattaforme *online*. In quest'ultimo documento si sollecitano le piattaforme ad attuare il codice di buone pratiche sulla disinformazione (*Code of Practice on Disinformation* del settembre 2018), concordato nella prospettiva di una autoregolamentazione sulla scia di una comunicazione della Commissione dell'aprile 2018. Specifiche azioni sono state poi intraprese con riguardo al problema della diffusione di notizie spesso false o imprecise, propagate rapidamente tramite i *social media*, concernenti la pandemia da Covid-19: facendo seguito all'appello dei membri del Consiglio europeo (26 marzo 2020) e dei Ministri degli Affari esteri dell'UE (3 aprile 2020), la Commissione e l'Alto rappresentante hanno adottato una Comunicazione congiunta rivolta al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni (10 giugno 2020), delineando i termini di un'azione comune per fronteggiare quella che è stata definita come "infodemia". Ne è scaturito un impegno, che coinvolge le principali imprese operanti in rete, per la realizzazione di un programma mensile di rendicontazione circa la diffusione di *fake news* sul web e delle iniziative intraprese per il loro contenimento. Tutti i documenti ai quali si è fatto riferimento sono reperibili in www.ec.europa.eu. Il 16 giugno 2022 la Commissione Europea ha

necessità, anche in ragione della velocità di diffusione del pensiero via internet, di prefigurare forme di intervento immediato per contrastare la disinformazione. A tale fine, le più importanti piattaforme si affidano a un controllo da parte di Commissioni di sorveglianza esterne e indipendenti sulle decisioni assunte che riguardino la rimozione di contenuti o la sospensione di account per le rilevate violazioni delle proprie regole di *community*. Tra queste, ad esempio, vi è l'*Oversight Board* di Facebook (ora Meta)⁶⁶, che può essere chiamato a confermare o annullare le decisioni assunte dalla piattaforma circa la sospensione o il divieto di accesso e utilizzo di profili social (noto è il suo intervento sul caso Trump nel 2021⁶⁷). Sono aspetti da seguire con grande attenzione, per evitare quel-

pubblicato una versione "rafforzata" del *Code of Practice on Disinformation*, volta ad implementare le strategie dell'Unione contro la disinformazione, la propaganda politica e più in generale le forme di influenza sull'ecosistema informativo digitale. Il nuovo codice si inserirà nell'ambito di un quadro normativo più ampio, in combinazione con la regolamentazione in materia di *Transparency and Targeting of Political Advertising* e il *Digital Service Act* (DSA). Tra le principali novità si possono annoverare nuove e più incisive misure volte ad impedire che i diffusori di disinformazione possano beneficiare di ricavi pubblicitari; la previsione di strumenti più efficaci per gli utenti per riconoscere e segnalare le *fake news*, ad esempio tramite l'accesso diretto alle fonti autorevoli e iniziative di *media literacy*. Il nuovo Codice, inoltre, rafforzerà le misure già esistenti per ridurre i c.d. *manipulative behaviorus* (come la creazione di account falsi, l'amplificazione di *bot-driven*, l'uso nocivo dei *deep fakes*), prevedendo anche una più efficace cooperazione tra i firmatari per combattere le relative sfide tecnologiche. La nuova versione rafforzata del *Code of Practice on Disinformation* è disponibile al presente link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>.

Meritevole di particolare considerazione è la Risoluzione 74/247 delle Nazioni Unite del 27 dicembre 2019 (*Countering the use of information and communications technologies for criminal purposes*), con la quale è stato istituito un Comitato intergovernativo di esperti (Comitato *ad hoc*), rappresentativo di tutti i paesi, per elaborare una Convenzione globale sul contrasto all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per scopi criminali. Da citare è anche il documento dell'aprile 2020 in cui si sottolinea, con riguardo alle innovazioni tecniche e tecnologiche, l'esigenza di un accrescimento delle conoscenze e delle capacità di pensiero critico di chi non sia membro della comunità scientifica, attribuendo rilievo centrale alla pretesa ad una corretta informazione: Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General comment No. 25 (2020) on science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, reperibile in www.ohcr.org.

In dottrina si veda, in particolare, S. SASSI, *Disinformazione contro Costituzionalismo*, Napoli 2021.

⁶⁶ Ente separato dall'azienda Facebook finanziato da un *trust* indipendente.

⁶⁷ Si fa riferimento alla vicenda che ha portato nel maggio 2021 alla conferma della sospensione del profilo Facebook di Donald Trump, già disposta dalla piattaforma nel gennaio dello stesso anno per evitare ulteriori incitamenti alla violenza in occasione

la che è stata definita come possibile “privatizzazione della censura” e che potrebbe divenire una vera e propria “privatizzazione della giustizia digitale”, affidata alle *Internet platforms*⁶⁸. Pur comprendendo l’esigenza di assicurare un intervento immediato a tutela del terzo offeso, occorre, in particolare, che il giudice ordinario abbia sempre la possibilità di intervenire tempestivamente, colpendo interventi preventivi che si siano tradotti in indebiti strumenti di censura e così ripristinando immediatamente la legalità eventualmente violata in nome del pluralismo informativo e del diritto del singolo ad esprimere liberamente la propria opinione. L’eventuale decisione di limitare l’esercizio di questo diritto è infatti sempre esito di un bilanciamento delicato con altri diritti o interessi di pari rango, il quale non può certo essere integralmente delegato alle *Internet platforms*.

Di qui la necessità di una più ampia e incisiva regolamentazione⁶⁹, ora avvertita anche dal Parlamento europeo con l’approvazione, sia pure non ancora nel testo definitivo, del *Digital Services Act* (20 gennaio 2022), proposta di regolamento europeo contenente la disciplina sulla rimozione dei contenuti o la disabilitazione all’accesso ai servizi digitali⁷⁰, che

dell’assalto al Campidoglio, conseguente all’invio di messaggi che alludevano a brogli elettorali. In particolare, richiamando sia la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici sia i *Community Standards* di Facebook, il Comitato ha ritenuto legittima la sospensione purché accompagnata dalla previsione di un termine finale.

⁶⁸ Sulla esigenza di affidare il controllo ad un’autorità terza, indipendente, insiste particolarmente G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell’era di Internet*, cit., 45.

⁶⁹ La regolazione dovrebbe inserirsi nel contesto di una «politica complessiva e sistemica», fatta anche di «promozione (*prominence*), incentivi, rilancio del servizio pubblico informativo, istruzione, *digital literacy*», come opportunamente sottolineato da A. NICITA, *Il mercato delle verità*, cit., 225. Secondo quanto già indicato da M. BETZU, *Regolare internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell’era digitale*, Torino 2012, ora ribadito in ID., *Poteri pubblici e privati nel mondo digitale*, in P. COSTANZO, P. MAGARÒ, L. TRUCCO (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell’innovazione tecnologica*, Napoli 2022, 45, la regolazione dovrebbe avere quale obiettivo «la riaffermazione, anche nel mondo digitale, dei valori e delle libertà costituzionali pensati per il mondo fisico».

⁷⁰ Si parla, in particolare, di passaggio da auto-regolamentazione a co-regolamentazione delle piattaforme. A tal proposito va rilevato che la recente versione del *Code of Practice on Disinformation* (*supra* nota 65) specifica che le azioni di contrasto alla disinformazione ivi previste – come la rimozione di contenuti, la verifica degli account e l’identificazione degli utenti – saranno integrate e allineate ai requisiti normativi e agli obiettivi del *Digital Services Act* (DSA), una volta entrato in vigore (cfr. preambolo del nuovo *Code of Practice*, lett. h, i, j). Il DSA definirà infatti un quadro di co-regolamentazione volto a fronteggiare i rischi sistemici delle *big platforms*, anche attraverso codici di condotta volontari, tra cui appunto il *Code of Practice* (cfr. articolo 35 del DSA). Le

opera, tra l'altro, una significativa valorizzazione dell'esigenza della trasparenza nella decisione algoritmica⁷¹. Ormai la prospettiva non è più limitata al contrasto ai "discorsi d'odio", ma estesa ad ampio raggio al fenomeno della disinformazione e dunque anche, potenzialmente, alle sue implicazioni sul "mercato politico"⁷², già peraltro oggetto di indagine, specie con riguardo alla Russia, nella piattaforma EUvsDisinfo, promossa dalla Commissione europea⁷³.

Ai cultori del diritto penale, che già hanno fornito importanti riflessioni in materia⁷⁴, compete in particolare ragionare sulle possibili forme

big platforms dovranno così adottare misure idonee all'identificazione di tali rischi (*risk assessment*) e alla riduzione degli stessi (*risk mitigation*), con obblighi di sorveglianza, rimozione e tutela degli utenti.

⁷¹ Con particolare riguardo alle modalità di funzionamento degli algoritmi su cui si fonda la profilazione, l'art. 29 prevede che «le piattaforme *online* di dimensioni molto grandi che si avvalgono di sistemi di raccomandazione specificano nelle loro condizioni generali, in modo chiaro, accessibile e facilmente comprensibile, i principali parametri utilizzati nei loro sistemi di raccomandazione, nonché qualunque opzione che possano avere messo a disposizione dei destinatari del servizio per consentire loro di modificare o influenzare tali parametri principali, compresa almeno un'opzione non basata sulla profilazione ai sensi dell'articolo 4, punto 4), del regolamento (UE) 2016/679».

⁷² Con decisione del 18 giugno 2020, il Parlamento europeo ha istituito la Commissione speciale sulle ingerenze straniere in tutti i processi democratici nell'Unione europea, compresa la disinformazione (INGE), al fine di contrastare gli Stati che cercano di interferire nelle istituzioni e nei processi democratici dell'Ue e dei suoi Stati membri.

⁷³ Istituita nel 2015 per prevedere, affrontare e rispondere alle campagne di disinformazione della Federazione Russa che riguardino l'Unione europea, i suoi Stati membri e i Paesi confinanti comuni. Sulle presunte interferenze della Russia in campagne di disinformazione si è anche espresso il Comitato per l'intelligence e la sicurezza del Parlamento britannico che ha pubblicato un rapporto nel quale si paventano indebite manipolazioni per incidere sulla consultazione referendaria nota come Brexit, svoltasi nel 2016 (*Intelligence and Security Committee: Russia Report*. Vo. 678: debated on Wednesday 22 July 2020, pubblicato in hansard.parliament.uk). Sulle interferenze della Russia nei processi elettorali di altri Stati si veda F. BRATTBERG, T. MAURER, *Russian Election Interference. Europe's Counter to Fake News and Cyber Attacks*, Washington 2018. In prospettiva più generale, sulle ingerenze straniere nei processi democratici, ovviamente anche con riferimento alle interferenze russe sulle elezioni presidenziali del 2016, v. ora M.N. SCHMITT, *Foreign Cyber Interference in Elections* (March 31, 2021). 97 *International Law Studies* 739 (2021).

⁷⁴ Senza pretesa di completezza si veda: la monografia di T. GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Torino 2020; C. PERINI, *Fake news e post-verità tra diritto penale e politica criminale*, in *Diritto penale contemporaneo*, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 20 dicembre 2017, 1 ss.; F. DE SIMONE, "Fake news", "post truth", "hate speech", *nuovi fenomeni sociali alla prova del diritto penale*, in *Archivio penale*, www.archiviopenale.it, 1/2018, 1 ss.; M. FUMO, *Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia*, in *Medialaws*,

di prevenzione e repressione del fenomeno⁷⁵, il ricorso alle quali dovrebbe comunque configurarsi come *extrema ratio*.

Tanti sono i problemi sul tappeto, determinati anche dalla natura a-territoriale del cyberspazio, che peraltro non solo consente all'agente di operare simultaneamente in più luoghi ma anche di programmare il tempo della commissione del delitto materialmente compiuto dalla macchina. L'intervento umano può ridursi alla creazione dell'algoritmo e all'avvio del processo e spesso non è agevolmente identificabile (anche perché plurale e potenzialmente dislocato in diversi Stati), così come l'azione concreta potrebbe essere esito dell'amplificazione dell'effetto distorsivo prodotto da utenti non sempre consapevoli. Come intervenire? È sufficiente responsabilizzare i gestori delle piattaforme o dei programmi che utilizzano l'intelligenza artificiale? Ma in quale forma che non valga a determinare una responsabilità da posizione? Si può pensare a una tutela anticipata dei beni protetti (delitti c.d. di attentato)? O è meglio superare la prospettiva penalistica con misure interdittive più incisive da inserire nella disciplina in materia di responsabilità degli enti (d.lgs. 221 del 2001)? Fino a che punto si possono attribuire alle piattaforme o anche ad autorità indipendenti poteri di prevenzione e di repressione? Considerato l'evolversi di meccanismi di apprendimento automatico, può la macchina di intelligenza artificiale ritenersi autrice del reato? Quali sanzioni potrebbero, nel caso, trovare applicazione (distruzione della macchina,

dialaws.eu, fasc. 1/2018, 83 ss.; A. COSTANTINI, *Istanze di criminalizzazione delle fake news al confine tra tutela penale della verità e repressione del dissenso*, in *Diritto penale contemporaneo*, <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, fasc. 2/2019, 60 ss.; M. LAMANUZZI, *La disinformazione ai tempi dei social media: una nuova sfida per il diritto penale?*, in *Archivio penale*, www.archiviopenale.it, 1/2020, 1 ss.; S. DE FLAMMINEIS, *Diritto penale, beni giuridici collettivi nella sfida delle fake news: principio di offensività ed emergenze*, in *Sistema penale*, www.sistemapenale.it, fasc. 6/2020, 131 ss.; l'intero fascicolo 4/2021 di *Diritto penale contemporaneo*, <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, intitolato *La disinformazione tra politica e diritto. Dimensione istituzionale, strategie preventive e dinamiche punitive*, con i contributi di A. GULLO, G. PICCIRILLI, M. GALLIMBERTI, L. D'AGOSTINO, E. BIRITTERI; A. MATTARELLA, *La futura convenzione Onu sul cybercrime*, cit., 41 ss.

⁷⁵ Non mancano iniziative legislative al riguardo, tra le quali: A.S. 2688, XVII legislatura, d.d.l. recante «Disposizioni per prevenire la manipolazione dell'informazione online, garantire la trasparenza sul web e incentivare l'alfabetizzazione mediatica», che tra l'altro prevede l'introduzione di un articolo 265-ter nel codice penale, rivolto a sanzionare la diffusione di campagne d'odio o volte a minare il processo democratico; A.S. 1900, XVIII legislatura, d.d.l. recante «Istituzione di una Commissione parlamentare d'inchiesta sulla diffusione massiva di notizie false» (già approvato in testo unificato presso la Camera dei Deputati il 28 luglio 2020).

disattivazione, riprogrammazione)? Non si può pretendere (ma in che modo) che la macchina sia sempre sottoposta a controllo umano, con conseguente responsabilità per l'effetto cagionato dalla stessa ove chi ne aveva la possibilità non è intervenuto per correggerla, bloccarla o disattivarla?

Sono domande cruciali⁷⁶ e le relative risposte possono forse essere orientate dalle riflessioni qui proposte, finalizzate a comprendere se le “manifestazioni menzognere” possano dirsi “costituzionalmente tollerabili” e, in conseguenza, quali possano essere le ragioni di interventi preventivi e repressivi (non necessariamente di natura penale) che abbiano l'ambizione di proteggere la funzione di verità (o, meglio, l'esigenza di veridicità) nel c.d. mercato politico⁷⁷. In tale direzione indicazioni utili possono trarsi anche dalla recente sentenza della Corte costituzionale riguardante il trattamento sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa o di altro mezzo di pubblicità (sent. n. 150 del 2021). In particolare – dopo aver rilevato e dichiarato l'illegittimità costituzionale della circostanza aggravante per il delitto di diffamazione, integrata nel caso in cui la condotta fosse commessa con il mezzo della stampa e consistesse nell'attribuzione di un fatto determinato, implicante l'applicazione cumulativa della pena detentiva e pecuniaria (art. 13 della legge n. 47 del 1948) – il giudice delle leggi ha offerto un'interpretazione (adeguatrice) dell'art. 595, terzo comma, c.p., ritenendo che l'inflizione della pena detentiva, ivi prevista come alternativa alla multa, debba ritenersi riservata a ipotesi di eccezionale gravità⁷⁸. Di rilievo è il richiamo operato in questa

⁷⁶ Si tratta di quesiti che in larga parte ho ricavato dai principali punti problematici enucleati dal gruppo di lavoro «Influenza sul mercato politico attraverso I.A. e reati contro la personalità dello Stato», costituito presso la Fondazione “Vittorio Occorsio”, le cui attività hanno costituito lo stimolo per la redazione di questo contributo.

⁷⁷ Come puntualmente rilevato da C. PINELLI, *Disinformazione, comunità virtuali e democrazia*, cit., 175 s., l'inutilità della regolazione è invece sostenuta sia da chi parte dal presupposto dell'inesistenza di qualsiasi verità (i teorici della postverità) sia da chi assume che la verità si affermi anche nel confronto con la falsità. Vi è poi una terza obiezione che è quella proposta da chi ritiene che non spetti al pubblico potere distinguere ciò che è vero da ciò che è falso (è la prospettiva del libero mercato delle idee, partendo dalla quale si manifesta spesso il timore che la regolazione porti inevitabilmente alla costituzione di una sorta di “Autorità pubblica della verità”).

⁷⁸ Nel punto 10 del *Considerato in diritto* la Corte costituzionale, nell'invitare il legislatore a intervenire in materia, precisa comunque che la sua decisione, «pur riaffermando l'esigenza che l'ordinamento si faccia carico della tutela effettiva della reputazione in quanto diritto fondamentale della persona, non implica che il legislatore debba ritenersi costituzionalmente vincolato a mantenere anche per il futuro una sanzione detentiva per i casi più gravi di diffamazione» Ribadisce, tuttavia, la necessi-

parte della decisione alla giurisprudenza della Corte Edu⁷⁹, che ritiene integrate simili ipotesi eccezionali in particolare con riferimento ai discorsi d'odio e all'istigazione alla violenza⁸⁰; «ma – precisa la Corte costituzionale – casi egualmente eccezionali, tali da giustificare l'infrazione della pena detentiva, potrebbero ad esempio essere anche rappresentati da campagne di disinformazione condotte attraverso la stampa, internet o i social media, caratterizzate dalla diffusione di addebiti gravemente lesivi della reputazione della vittima, e compiute nella consapevolezza da parte dei loro autori della – oggettiva e dimostrabile – falsità degli addebiti stessi». Scrive ancora la Corte: «chi ponga in essere simili condotte – eserciti o meno la professione giornalistica – certo non svolge la funzione di “cane da guardia” della democrazia, che si attua paradigmaticamente tramite la ricerca e la pubblicazione di verità “scomode”; ma, all'opposto, crea un pericolo per la democrazia, combattendo l'avversario mediante la menzogna, utilizzata come strumento per screditare la sua persona agli occhi della pubblica opinione. Con prevedibili conseguenze distorsive anche rispetto agli esiti delle stesse libere competizioni elettorali». Vero

tà, già sottolineata nella precedente ordinanza di rinvio dell'udienza pubblica, rivolta proprio a consentire l'intervento legislativo (ord. n. 132 del 2020), «di una complessiva riforma della disciplina vigente, allo scopo di “individuare complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica; e, dall'altro, di assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale contro illegittime – e talvolta maliziose – aggressioni poste in essere nell'esercizio di tale attività”».

⁷⁹ Corte EDU, grande camera, sentenza 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre contro Romania*, paragrafo 115; nonché sentenze 5 novembre 2020, *Balaskas contro Grecia*, paragrafo 61; 11 febbraio 2020, *Atamančuk contro Russia*, paragrafo 67; 7 marzo 2019, *Sallusti contro Italia*, paragrafo 59; 24 settembre 2013, *Belpietro contro Italia*, paragrafo 53; 6 dicembre 2007, *Katrami contro Grecia*, paragrafo 39.

⁸⁰ Su tali fattispecie si è particolarmente concentrata la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che, nell'interpretare l'art. 10 CEDU, ha ritenuto che l'infrazione della pena detentiva per il delitto di diffamazione a mezzo stampa non contrasti con esso in caso di propagazione di una notizia pacificamente falsa. Si ricordi che l'art. 10, nel riconoscere il diritto alla libertà di espressione, comprensivo della libertà di opinione e di ricevere o di comunicare informazioni o idee «senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche», prevede che «l'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

è che l'individuazione di adeguate strategie sanzionatorie che si traducano nella possibile applicazione della pena detentiva è circoscritta opportunamente alle ipotesi delle affermazioni più gravi che siano idonee a provocare la diffamazione dell'“avversario”. Ma il riferimento esplicito alle campagne di disinformazione lascia presagire che eventuali previsioni rivolte a prevenire e reprimere anche le “manifestazioni menzognere” nell'ambito oggetto di questo studio possano rientrare nella sfera del “costituzionalmente possibile”, specie se si traducano nell'applicazione di pene diverse dalla reclusione o in misure interdittive, rimedi e sanzioni civili o disciplinari.

L'obiezione che potrebbe proporsi attiene, ovviamente, al pericolo che gli strumenti appena indicati possano tradursi in limitazioni alla libertà di espressione, specie al diritto di critica e di cronaca, in funzione, al fondo, delle esigenze del potere. L'argomento appare, però, agevolmente confutabile e persino reversibile, ove gli eventuali interventi preventivi e repressivi siano davvero concepiti in funzione del rispetto delle esigenze di veridicità e fiducia che connotano la rappresentanza democratica⁸¹, colpendo le manifestazioni menzognere, palesemente false, e non le mere interpretazioni dei fatti⁸². Potrà dirsi che questa sia affermazione ottimistica e persino ingenua, che altre possano o debbano essere le strade da percorrere⁸³. Può essere che sia così e non

⁸¹ È proprio la rispondenza a tali finalità che andrebbe attentamente vagliata con riguardo a eventuali interventi preventivi e repressivi. Interventi che potrebbero dirsi, entro tali limiti, «consentiti», per quanto «non imposti», dalla Costituzione, per riprendere le indicazioni di Carlo Esposito richiamate nella nota 4 del presente lavoro.

⁸² In dottrina, si veda la proposta avanzata da S. SASSI, *Disinformazione*, cit., 213, circa la possibile distinzione di due macro-categorie di disinformazione: «da una parte, quella benevola o quanto meno accettabile, e, dall'altra parte, quella malevola. Una disinformazione che diffonde cioè falsità ma senza intenzione fraudolenta, e una disinformazione malevola, che veicola cioè contenuti evidentemente falsi con l'intento di ingannare per arrecare un pregiudizio pubblico e/o anche per ottenere un non giustificato danno economico. È nei confronti di quest'ultima tipologia di disinformazione che lo Stato deve censurare, deve agire per proteggere davvero la libertà di espressione, perché, ripetiamo, la verità conta: la verità è centrale per la fiducia, per le relazioni istituzionali che permeano l'intero assetto costituzionale. Ma per raggiungere un simile obiettivo, è essenziale una trasparente cooperazione trasversale tra governi, aziende digitali e società civile».

⁸³ Scrive, ad esempio, M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, fasc. 1/2021, 198, che «il rimedio alle *fake news* ... non è la censura, ma è “*more speech*”, ossia la prosecuzione del dibattito». Aggiunge che «sarebbe preferibile – e forse anche più efficace – riconoscere e potenziare, attraverso siti ben fatti ed agguerriti, una funzione pubblica di educazione all'uso delle Rete e di lotta alla disinformazione». Nella

a caso ho qualificato le considerazioni qui avanzate come “riflessioni interlocutorie”. Ma ancor più ingenuo e certamente non risolutivo sarebbe continuare a fare affidamento esclusivo sul fatto che il c.d. mercato politico possa dispiegarsi senza regole. Magari in nome di quel pluralismo delle idee la cui tutela, tutt’al contrario, sembra necessitare ormai di misure e rimedi che ambiscano a garantire la correttezza del confronto politico in un contesto più ampio rispetto a quello, tradizionale, di condanna delle espressioni diffamatorie. Insomma, assicurare il rispetto delle richiamate esigenze di veridicità e fiducia, nella forma dell’esclusione delle manifestazioni menzognere, potrebbe essere considerata condizione essenziale perché il pluralismo delle idee sia valore effettivo e non mera formula di stile. Almeno se si considera la realtà nella sua concreta evoluzione⁸⁴ e se si crede ancora che il diritto debba rispondere alle trasformazioni della vita sociale, proteggendo i suoi valori fondamentali attraverso interventi normativi che siano idonei allo scopo.

Al fondo, contrastare gli “strateghi della disinformazione” significa, oggi, propriamente, limitare il potere a garanzia dei diritti dei rappresentati e, quindi, di ciascuno e di tutti, secondo la migliore tradizione del costituzionalismo democratico. Dire e scrivere la verità – richiedere, in particolare, che il discorso politico si informi al valore della veridicità, mettendo al bando le manifestazioni menzognere – sarà forse espressione di un ingenuo ottimismo, ma è sicuramente l’ambizione di chi non

medesima linea, tra gli altri, G. E. VIGEVANI, *I media di servizio pubblico nell’età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, Torino 2018, e M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma 2019 (in particolare, p. 314). Si è già espresso favore su quest’ultima considerazione, ma resta il dubbio che davvero, oggi, basti fare affidamento sul “*more speech*” per rimediare alle *fake news* e per combattere, con efficacia, gli “strateghi della disinformazione”.

⁸⁴ Come ci ricorda C. PINELLI, *Disinformazione, comunità virtuali e democrazia*, cit., 197, i titolari delle piattaforme, nell’ambiente comunicativo in cui operano, «possono servirsi di filtri e algoritmi per alimentare la polarizzazione politica fra gruppi, e per indirizzare gli utenti a credere come a proprie verità quanto loro viene rappresentato». Ci troviamo in «un ambiente che esibisce per ciò stesso tare profonde dal punto di vista delle garanzie dei diritti di libertà prima ancora che dal punto di vista democratico». In conseguenza Pinelli si chiede: «come potremmo considerare la libertà di espressione dei proprietari delle piattaforme il solo bene costituzionale da preservare? Non dovremmo considerare almeno altrettanto rilevante la libertà di pensiero degli utenti, che vanno considerati individui non meno dei proprietari delle piattaforme?».

vuole «piegarsi dinanzi ai potenti» e soprattutto rifiuta di «ingannare i deboli»⁸⁵.

⁸⁵ Piace chiudere le mie riflessioni interlocutorie con questa citazione tratta da B. BRECHT, *Cinque difficoltà per chi scrive la verità* (1934), in ID., *Teatro-I*, Torino 1960, 5 ss., opuscolo scritto per la diffusione nella Germania di Hitler, pubblicato illegalmente in Francia nella rivista antifascista *Unsere Zeit*. «Chi ai nostri giorni intende combattere la menzogna e l'ignoranza e vuole scrivere la verità, ha da superare almeno cinque difficoltà» (p. 5). Anzitutto, «deve avere il *coraggio* di scrivere la verità, benché ovunque venga soffocata»: «certo è assai difficile non piegarsi dinanzi ai potenti ed è assai vantaggioso ingannare i deboli. Dispiacere ai possidenti significa rinunciare al possesso. Rinunciare a essere pagati per il lavoro fatto può voler dire rinunciare al lavoro, e rifiutare la fama presso i potenti significa spesso rifiutare ogni fama. Per fare questo ci vuole del coraggio» (p. 5). D'altra parte, «la verità non può essere scritta che in lotta contro la menzogna e non può esprimersi in modo generico, elevato, ambiguo» (p. 6). Ma il coraggio non basta, occorre avere «l'*accortezza* di riconoscere la verità, benché ovunque venga travisata», saperla *trovare* (p. 7), e avere l'*arte* di renderla «maneggevole come un'arma», riuscendo a raccontarla in modo che possano conoscersi le cause evitabili di certe condizioni deplorabili («quando le cause evitabili vengono riconosciute, le condizioni deplorabili si possono combattere», p. 11). Poi bisogna avere «il *giudizio* di scegliere coloro nelle cui mani essa è efficace», capaci di trovare «il tono giusto» per dirla, perché «la verità è combattiva: non solo combatte la menzogna, ma anche quelle determinate persone che la propagano» (p. 12). Infine, ci vuole «la *scaltrezza*» di propagarla fra molti, essendo consapevoli che «la propaganda perché la gente ragioni, in qualsiasi campo la si faccia, serve sempre la causa degli oppressi» (p. 17, corsivo dell'Autore). «Sotto i governi che servono gli abusi, il ragionare è giudicato cosa vile» (p. 17); è dunque «necessaria l'astuzia, perché si diffonda la verità» (p. 19). «Tanto viene richiesto – conclude Brecht –, quando si chiede allo scrittore di scrivere la verità» (p. 20).

Margherita Interlandi

PROTEZIONE SOCIALE
ED EQUILIBRIO INTERGENERAZIONALE*

SOMMARIO: 1. Equilibrio intergenerazionale e diritti sociali. – 2. La rilevanza giuridica dell'equilibrio intergenerazionale: il contributo del diritto internazionale. – 3. La programmazione del bilancio nella prospettiva della protezione sociale: il punto di vista della Corte Europea dei diritti dell'uomo (sentenza G.L. v. Italia). – 4. Il vincolo del pareggio di bilancio e l'equilibrio intergenerazionale nell'interpretazione della Corte costituzionale. – 5. *Segue*. L'equilibrio intergenerazionale nelle linee di indirizzo del *Recovery Plan*: la tutela dei diritti sociali. – 6.1. La possibile rilevanza giuridica degli indicatori di benessere equo e sostenibile nel ciclo di programmazione del bilancio. – 6.2. *Segue*. Il ruolo fondamentale delle amministrazioni e il coinvolgimento del terzo settore: verso un nuovo paradigma organizzativo fondato sulla collaborazione dei privati. – 7. Brevi riflessioni conclusive.

1. *Equilibrio intergenerazionale e diritti sociali*

In via preliminare, è necessario ricordare che il tema del rapporto tra protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale è stato in passato affrontato¹, nella specifica prospettiva delle politiche del lavoro, al fine di richiamare l'attenzione su alcuni dati, già allora drammatici, che oggi appaiono ancora purtroppo molto attuali, nel fotografare la condizione sociale del Paese. Mi riferisco, in particolare, alle dimensioni della povertà²

* Il presente lavoro è frutto di una rielaborazione aggiornata e corretta della relazione svolta al 66° Convegno degli studi amministrativi, tenutosi il 16, 17 e 18 settembre 2021, a Villa Monastero, Varenna.

¹ T. TREU, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*, in *www.rivistacortedei-conti.it*, 2018.

² Cfr. i dati statistici riportati nel BES 2020, 22, in *www.istat.it*, da cui emerge che «la stima preliminare per il 2020 identifica oltre 5,6 milioni di individui in condizione di povertà assoluta, con un'incidenza media pari al 9,4%, in significativo aumento rispetto al 2019, raggiungendo il valore più alto registrato dal 2005 che coincide con l'anno di ini-

e alle disuguaglianze sociali³, che colpiscono soprattutto i giovani⁴.

Nella mia riflessione, senza alcuna pretesa di esaustività, vorrei, invece, soffermarmi sulle possibili implicazioni giuridiche che il principio dell'equilibrio intergenerazionale determina nel rapporto tra Stato e cittadini, sotto il profilo dei limiti che incontra l'applicazione del vincolo del pareggio di bilancio, rispetto alla concreta attuazione dei diritti sociali, essenziali ad assicurare a ciascun individuo un livello di vita dignitoso⁵.

zio della serie storica per l'indicatore (Figura 13). La povertà cresce soprattutto al Nord, area che è stata particolarmente colpita dalla pandemia, dove la percentuale di poveri assoluti passa dal 6,8% al 9,4% degli individui; più contenuta, invece, la crescita al Centro (dal 5,6% al 6,7% per gli individui) e nel Mezzogiorno (dal 10,1% all'11,1%). Sono interessate prevalentemente le famiglie con bambini e ragazzi: l'incidenza di povertà tra gli individui con meno di 18 anni sale di oltre due punti percentuali (da 11,4% a 13,6%, il valore più alto dal 2005) per un totale di bambini e ragazzi poveri che, nel 2020, raggiunge 1 milione e 346mila, 209mila in più rispetto all'anno precedente. Anche tra i giovani adulti (18-34 anni) l'incremento è consistente (da 9,1% a 11,4%), mentre tra le persone di 65 anni e più la quota di poveri assoluti rimane più contenuta (5,3%)».

³ V., J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, Torino 2013, che evidenzia come la crisi finanziaria abbia determinato un declino del tenore di vita dei cittadini, che emerge anche dal cambiamento dei modelli sociali, oltre che dai dati economici, posto che «i giovani sono costretti a rimanere a casa, o ritornarvi dopo la laurea perché non possono permettersi una vita indipendente (...). Le conseguenze di una povertà pervasiva e persistente del sottoinvestimento a lungo termine nell'istruzione pubblica e nelle altre spese sociali rivelano anche attraverso altri indicatori, quali l'alto tasso di criminalità e l'elevata percentuale di popolazione in carcere che la nostra società non sta funzionando come dovrebbe». Per questo a. la disuguaglianza riduce il Pil sia perché diminuisce i consumi sia perché conduce alla prevalenza di rendite e monopoli, che sono tra le cause dell'inefficienza del sistema.

⁴ Cfr. Rapporto Istat, SDGs (Sustainable Development Goals), 2021, in *www.istat.it*. Inoltre, sotto il profilo delle disuguaglianze sociali e del relativo impatto sull'aumento dei divari di cittadinanza, è utile richiamare l'attenzione sul Rapporto Svimez 2020, a cui fa riferimento l'analisi di L. BIANCHI e A. FRASCHILLA, *Divario di cittadinanza. Un viaggio nella nuova questione meridionale*, 2020.

Il tema della povertà sta sollecitando l'attenzione di alcuni studiosi, ed in particolare, per i profili attinenti al tema indagato, si fa riferimento a C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Torino 2021; E. DULFO, *Lottare contro la povertà*, Bari 2021; V. CERULLI IRELLI, A. GIURICKOVIC DATO, *La lotta alla povertà come politica pubblica*, in *Rivista Italiana per le Scienze giuridiche*, n. 11/2020, 189 ss.; v., inoltre, nello stesso numero della rivista i contributi di S. CASSESE, *L'azione pubblica per rimediare alla povertà*, 231 ss.; B.G. MATTARELLA, *La tutela contro la povertà in Italia*, 273 ss.; C. PINELLI, *I dilemmi della povertà*, 283 ss.

⁵ L'attenzione delle politiche pubbliche sull'equilibrio intergenerazionale sta emergendo in diversi settori. Oltre alle iniziative già intraprese a tutela dell'ambiente (si pensi ad esempio all'inserimento del comma *quater*, all'art. 3 del d.lgs. n. 152/2006, secondo cui «ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni

Innanzitutto, è opportuno chiarire che quando si parla di equilibrio intergenerazionale si allude non solo al rapporto tra generazioni, ma alla complessa trama di interessi e di aspirazioni che maturano in un determinato contesto storico e politico⁶.

Si che, ad esempio, con riferimento alla distribuzione dei costi, che le politiche pubbliche, orientate alla tutela delle generazioni future, come quelle finalizzate alla transizione digitale e ambientale, determinano a carico di quelle presenti, occorre tener conto dell'impatto di determinate

delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future") si segnalano quelle dell'Organizzazione mondiale della salute, su cui v. A. COTE, *Intergenerational equity briefn. Review of social determinants of health and the health divide in the WHO European Region*, in *www.eurowho.int*.

⁶ Al riguardo, autorevoli studiosi, soprattutto in ambito filosofico hanno approfondito il tema, individuando alcuni principi fondamentali. Ad esempio, per E. BURKE, *Select works of Edmund Burke*, vol. 2, *Indianapolis, Liberty Fund*, 1990, poiché lo Stato è una società di persone, le finalità dello stesso non possono essere realizzate se non attraverso un'alleanza tra diverse generazioni. In una diversa prospettiva, attenta alla giustizia sociale, J. RAWLS, *A theory of justice*, *Oxford University Press*, 1971, sottolinea che ciò che viene trasmesso, non è solo il capitale economico, ma anche la conoscenza e la cultura, le tecniche e le competenze, che rendono possibile il funzionamento delle istituzioni. Ogni generazione è fiduciaria della realizzazione e conservazione in futuro, di una società equa. Si che è opportuno trovare un equilibrio tra la distribuzione e la conservazione per il futuro delle risorse, necessarie a garantire le persone più svantaggiate. Questa prospettiva è, secondo Rawls, il punto di arrivo a cui la giustizia deve tendere. A. SEN, S. ANAND *Human development and economic sustainability*, *World Development*, 2000, 2029-2049, invece, pur muovendosi nell'ottica di privilegiare l'equilibrio tra generazioni presenti e generazioni future, sostiene che gli interessi delle generazioni future devono ricevere la stessa attenzione di quelli della generazione presente, sottolineando che «we cannot abuse and plunder our common stock of natural assets and resources leaving the future generations unable to enjoy the opportunities we take for granted today... The demand of 'sustainability' is, in fact, a particular reflection of universality of claims – applied to the future generations – vis-à-vis us». In particolare, la tesi di A. SEN è che l'universalismo presuppone che le aspettative e gli interessi di entrambe le generazioni devono essere soddisfatte. Analogamente L. DOYAL, I. GOUGH, *A theory of human need*, London, 1991, sostengono l'idea che l'universalismo si estende attraverso le generazioni e che vi sono bisogni primari, come la salute e l'autonomia, che devono essere garantiti a tutte le generazioni. Ciò implica, quindi, la possibilità di affermare l'esistenza di un diritto universale a soddisfare questi bisogni che appartiene alle generazioni presenti e future. Riferendosi all'ambiente come insieme di risorse naturali universali, N. STERN, *The economics of climate change*, (2006), *Cambridge University Press*, mira a dimostrare che i cambiamenti climatici sollevano problemi di giustizia tra le generazioni e all'interno di esse, determinando, perciò, una duplice iniquità. In senso opposto alle tesi appena accennate si collocano, invece, J. BRÄTLAND, *Rawlsian investment rules for "intergenerational equity": breaches of method and ethics*, in *J Libertarian Stud.*, 2007; RI SIKORA, B. BARRY, *Obligations to future generations*, Philadelphia 1978; A. D'AMATO, *Do we owe a duty to future generations to preserve the global environment?*, in *American Journal of International Law*, 1990.

misure, anche di natura finanziaria, sulle diverse fasce della popolazione⁷. Così come non possiamo trascurare il fatto che l'accelerazione del processo di transizione digitale rischia, già oggi, di escludere fasce specifiche della popolazione, come i giovani e le donne⁸.

In questa prospettiva, infatti, non si può dubitare del fatto che la costituzionalizzazione del vincolo del pareggio di bilancio (art. 81 Cost.) e del principio della sostenibilità del debito pubblico (art. 97, c. 1, Cost.)⁹, secondo cui non è possibile produrre *deficit*, se non per effettuare investimenti, determina una forte compressione della spesa destinata a finanziare lo stato sociale, alimentando una forte tensione tra vincoli finanziari e doveri sociali¹⁰.

Di conseguenza, se attraverso tali vincoli è possibile evitare, o contenere, il rischio di allocare sulle generazioni future il costo della gestione delle risorse pubbliche, l'aumento dello stato di povertà, che si determina a carico delle generazioni esistenti, compromette, ugualmente, e in misura peggiore, l'esistenza di quelle future¹¹. Del resto, l'aumento dell'età

⁷ Si pensi, ad esempio, alla tassazione sulla emissione di carbonio, che comporta una spesa maggiore per le famiglie più povere, comprimendone, inoltre, la domanda. Si veda, al riguardo, I. FAIELLA, L. LAVECCHIA, *Households' energy demand and the effects of carbon pricing in Italy*, in *Questioni di economia e finanza*, in www.bancaditalia.it, aprile 2021, 614. La tassazione del carbonio è, infatti, considerata la misura più efficiente per ridurre le emissioni di GHG (la tassa sul carbonio non solo promuove il passaggio a combustibili a basse emissioni di carbonio, ma, aumentando i costi di utilizzo dell'energia, incoraggia il risparmio energetico). Secondo il FMI (2019), per limitare il riscaldamento globale verso i paesi con emissioni più elevate, si dovrebbe introdurre una tassa sul carbonio globale. Sui profili della tassazione del carbonio, si veda K. BURGGRAEVE, J. DE MULDER, and G. DE WALQUE (2020), *Fighting global warming with carbon pricing: how it works, field experiments and elements for the belgian economy*, (Working paper), National Bank of Belgium.

⁸ Si veda, al riguardo, *Human Capital*, nell'ambito del rapporto del Digital Economy and Society Index, 2021, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu>.

⁹ Ci si riferisce agli artt. 81 Cost. e 97 Cost., modificati dalla legge costituzionale n. 1/2012.

¹⁰ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in (a cura di) R. ROMBOLI, *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino 1994, osserva a proposito del bilanciamento da parte della Corte costituzionale, fra esigenze economico-finanziarie ed esigenze sociali, che si tratta di un bilanciamento "ineguale", considerato che «il fine è sempre e solo il soddisfacimento dei diritti della persona, non mai l'efficienza economica in sé e per sé». Nello stesso senso già A. MASSERA, *Individuo e amministrazione nello stato sociale: alcune considerazioni sulla questione delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 41 e ss.; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 757 e ss.; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano 1964, 802.

¹¹ A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Diritto Amministrativo*, 2/2019, 381 ss., eviden-

anagrafica della popolazione e la drastica e crescente riduzione della natalità, in parte ascrivibile alla difficoltà dei giovani a raggiungere l'auto-sufficienza economica, costituiscono fattori determinanti dello squilibrio generazionale e delle gravi diseguaglianze tra generazioni¹².

Sotto questo profilo il vincolo costituzionale dovrebbe essere considerato uno strumento e non un fine, così come l'art. 81 Cost. dovrebbe essere interpretato tenendo conto dei valori e delle situazioni soggettive tutelate nella prima parte della Costituzione¹³.

zia, nella prospettiva di una democrazia sostenibile, come la spesa pubblica per l'attuazione dei diritti sociali «implica che i relativi costi non siano fatti gravare solo su alcuni gruppi sociali o su una generazione determinata, ma siano ripartiti tra tutti i potenziali interessati, secondo i criteri di progressività e di equità». La necessità di promuovere una equa distribuzione dei costi è, altresì, un presupposto fondamentale per promuovere la giustizia sociale, teorizzata da J. RAWLS, *op. cit.*, nel senso che «la somma dei trasferimenti e dei benefici provenienti dai beni pubblici essenziali dovrebbe essere determinata in modo tale da incrementare le aspettative dei meno avvantaggiati, in modo compatibile con il risparmio richiesto e il mantenimento delle uguali libertà».

¹² In tal senso si è osservato, infatti, che tra i principali fattori di diseguaglianza rileva, in particolare, un sistema retributivo che premia, sia nel lavoro pubblico che in quello privato, l'anzianità, piuttosto che il merito e la professionalità. Ciò determina conseguenze molto negative sulle condizioni di vita dei giovani, soprattutto in considerazione della prospettiva pensionistica, fondata sul calcolo contributivo, che dipende dalla continuità e dal livello retributivo. Così, T. TREU, *op. cit.*

¹³ Sotto questo profilo il vincolo costituzionale dovrebbe essere considerato uno strumento e non un fine, così come l'art. 81 Cost. dovrebbe essere interpretato tenendo conto dei valori e delle situazioni soggettive tutelate nella prima parte della Costituzione. Una tale interpretazione trova conforto nella volontà espressa dal Parlamento in una prima stesura della legge costituzionale di inserire il principio di equilibrio di bilancio nell'art. 53 Cost. («Diritti e doveri dei cittadini»), che concepiva detto principio come «strettamente correlato ai principi dell'equità intergenerazionale e della sostenibilità delle politiche di bilancio». Tuttavia, anche se nel corso dei lavori parlamentari è stata abbandonata la proposta di introdurre espressamente il principio della «equità intergenerazionale», lo stesso sembra comunque imporsi nell'attuale contesto istituzionale attraverso una lettura orientata degli artt. 81 e 97 Cost., che obbligano le amministrazioni a limitare il ricorso all'indebitamento a situazioni di carattere eccezionale, con gli artt. 2 e 3 Cost. che tutelano e promuovono i diritti della persona. Sia consentito, sul punto, rinviare a M. INTERLANDI, *Danno da disservizio e tutela della persona*, Napoli 2013, 78, in cui si rileva come l'approccio politico sotteso alla cd. *spending review* ha elevato il principio di buon andamento a paradigma della «sana gestione finanziaria» intesa, diversamente dal passato, nel senso di stimolare le amministrazioni a perseguire un'efficienza sostenibile volta a garantire con le risorse disponibili, individuate sulla base dei costi e fabbisogni standard, adeguati servizi ai cittadini. In questa prospettiva, quindi, «l'equilibrio di bilancio sta diventando il simbolo di una nuova governance economica che spinge ad orientare i canoni del buon andamento e della imparzialità verso la sostenibilità delle decisioni pubbliche, affinché sia preservato il diritto delle future generazioni a realizzare liberamente i propri bisogni senza essere condizionati dalle scelte compiute in precedenza». In tal senso, «il

L'esigenza interpretativa di ancorare la sana gestione delle risorse pubbliche al diritto delle generazioni future di poter realizzare i propri bisogni in condizioni di pari dignità si manifesta, quindi, quale presidio necessario di istanze non più trascurabili di uguaglianza sostanziale e di tutela di diritti fondamentali, che si rinvergono nei diversi ambiti dell'agire pubblico¹⁴. A tale proposito, si è già avuto modo di affermare come la crisi economica e finanziaria abbia fatto emergere proprio l'attitudine dell'attuale classe dirigente ad operare a dispetto della sostenibilità delle decisioni politiche da parte delle successive generazioni che si troverebbero, perciò, a dover sopportare costi elevatissimi che superano la ordinaria esigibilità¹⁵.

In particolare, si è sottolineato come la tensione sociale generata dalla crisi economica abbia evidenziato la necessità di dar conto alla collettività sulle finalità perseguite dalla spesa pubblica, spostando l'attenzione dei cittadini, dalla capacità dell'amministrazione di gestire in modo efficiente i fondi pubblici, alla capacità di selezionare gli obiettivi cui sono destinate le scarse risorse finanziarie in ragione delle effettive esigenze che la collettività esprime. Pertanto, se da un lato il nostro ordinamento recepisce tout court il principio dell'equilibrio di bilancio come atto dovuto in conseguenza degli impegni assunti con il Fiscal Compact (trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell'unione economica e monetaria), dall'altro lato, sembra rafforzarsi la sensibilità della collettività a che l'amministrazione operi nel rispetto di regole fondamentali volte a migliorare il rapporto tra obiettivi programmati e risorse disponibili.

vincolo costituzionale dovrebbe essere considerato uno strumento e non un fine, così come l'art. 81 Cost. dovrebbe essere interpretato tenendo conto dei valori e delle situazioni soggettive tutelate nella prima parte della Costituzione.

¹⁴ In tal senso, ci si permetta di rinviare a M. INTERLANDI, *Danno da disservizio e tutela della persona*, cit., 77, in cui si evidenzia che il quadro normativo delineato in tema di finanza pubblica dalla legge costituzionale n. 1/2012 tiene conto non soltanto «della esigenza di assicurare la stabilità finanziaria del Paese, ma anche della necessità di realizzare il benessere collettivo puntando soprattutto su un rigoroso sistema di controllo che dia conto dell'utilizzo delle risorse pubbliche. In particolare, la tensione sociale generata dalla crisi economica ha messo in evidenza la necessità di dar conto alla collettività sulle finalità perseguite dalla spesa pubblica».

¹⁵ M. INTERLANDI, *op. cit.* In una diversa prospettiva, J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, Torino 2013, si sofferma sul tema della disuguaglianza come la principale conseguenza del fallimento del sistema politico che ha suscitato l'indignazione delle giovani generazioni, dando vita a movimenti di protesta sia in Europa (il riferimento è agli Indignatos spagnoli) che in America (con l'iniziativa Occupy Wall Street). I movimenti in questione mirano, infatti, a contestare l'iniquità del sistema politico che sembra assegnare un eccessivo risalto a coloro che sono al vertice della scala sociale.

In altri termini, ciò che si vuole sottolineare è che l'istanza di giustizia sociale ed economica è talmente forte in questo momento di aumento della povertà, che essa si può ritenere realmente soddisfatta non solo se si vincolano le amministrazioni, a livello legislativo e costituzionale, ad una gestione responsabile delle risorse finanziarie, ma anche, e necessariamente, se si impone alle amministrazioni di utilizzare le scarse risorse disponibili per garantire agli amministrati un livello di benessere accessibile a tutti e idoneo a realizzare in termini di pari opportunità i bisogni che essi esprimono¹⁶.

2. *La rilevanza giuridica dell'equilibrio intergenerazionale: il contributo del diritto internazionale*

Com'è noto il concetto di equilibrio intergenerazionale si afferma innanzitutto nel diritto internazionale: alla fine degli anni '80¹⁷.

¹⁶ È opinione di chi scrive, infatti, che se è vero che le risposte del nostro ordinamento alla crisi economica e finanziaria rivelano una tendenza legislativa che sembrerebbe mettere in discussione la centralità del risultato dell'agire amministrativo rispetto all'obiettivo di risanare il debito pubblico e assicurare l'Unione Europea sulla stabilità della futura governabilità economica, è altrettanto vero che tale tendenza non può escludere una lettura del principio di sana gestione finanziaria, nella versione enunciata dagli artt. 81 e 97 Cost., che soddisfi l'esigenza di promuovere e realizzare i diritti fondamentali e l'uguaglianza sostanziale tra i cittadini, come disposto dagli artt. 2 e 3 Cost.. M. INTERLANDI, *op. cit.*, 81. Ha osservato, in proposito, M. MAZZIOTTI, *op. cit.*, 804, che l'azione sociale dello Stato ha «come scopo non l'attuazione dell'eguaglianza di fatto, ma dell'eguaglianza giuridica, cioè dell'eguale possibilità per tutti i consociati di godere di quei diritti fondamentali che la costituzione considera connessi con il pieno sviluppo della personalità umana».

¹⁷ La rilevanza giuridica dell'equilibrio intergenerazionale inizia ad affiorare con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata il 10 dicembre 1948, nel cui preambolo si riconosce il valore intrinseco di ogni uomo, sottolineandosi che la dignità di ciascun membro della "famiglia umana" costituisce la base della libertà, giustizia e pace nel mondo. Inoltre, il riferimento a "tutti i membri della famiglia umana" assume un significato che abbraccia l'umanità, a prescindere dal fattore temporale in cui si colloca una determinata generazione. Tale prospettiva è stata, poi, ulteriormente rafforzata nel diritto internazionale attraverso ulteriori strumenti normativi, tra cui: la Carta delle Nazioni Unite, la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, la Dichiarazione sui diritti del fanciullo. Nella *Declaration on the Responsibilities of the Present Generations toward Future Generations approved by the United Nations' Educational, Scientific, and Cultural Organization (UNESCO)*, 1997, si afferma che: "The present generations have the responsibility of ensuring that the needs and interests of present and future generations are fully safeguarded." La Dichiarazione dei principi di cooperazione culturale internazionale prevede che "each culture has a dignity and value which must be respected and pre-

Edith Brown Weiss identificò tale principio nel dovere di lasciare le risorse ambientali in senso lato, in condizioni non peggiori di quelle in cui le stesse erano state usufruite e godute. Tale tesi tiene conto di due aspetti: la relazione tra la specie umana e il sistema naturale di cui è parte e la relazione tra le diverse generazioni della stessa specie umana¹⁸.

Secondo Weiss, nel diritto pubblico internazionale è profondamente radicato il principio che tutte le generazioni sono uguali rispetto al rapporto con il sistema naturale di cui sono parte, e ciò porterebbe a definire l'equità intergenerazionale come il punto di equilibrio di un patto tra generazioni, finalizzato ad implementare un «diritto (...) ereditato dai nostri antenati e che dobbiamo ora proteggere per i nostri discendenti».

A partire dal rapporto Brutland del 1987 (*Our common future*, redatto nel 1987 dalla Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo dell'ONU)¹⁹ inizia ad emergere una seria attenzione nei confronti delle generazioni future, facendo riferimento sia allo sviluppo sostenibile, che è tale se «soddisfa i bisogni della generazione attuale senza compromettere la capacità delle future generazioni di soddisfare i propri», sia, appunto, alle generazioni a venire²⁰.

served” and that “all cultures form part of the common heritage belonging to mankind”. In questa prospettiva, E. BROWN WEISS, *Our rights and obligations to future generations for the environment*, *Am J Int Law.*, 1990; 84:198–207, ha osservato che il diritto, da parte delle generazioni presenti, di sfruttare le risorse naturali e culturali, a discapito del benessere delle future generazioni, contraddice gli obiettivi perseguiti dalla Carta delle Nazioni Unite e i numerosi documenti internazionali sulla tutela dei diritti umani.

¹⁸ E. BROWN WEISS, *Intergenerational equity*, in *Oxford Public International Law*, Oxford Press, 2021. Nel diritto internazionale, il principio si basa sull'uso dell'equità, inizialmente formulato da Aristotele ed elaborato da Grozio, che trattava l'equità come se non affrontasse quei casi coperti dal diritto universale (v. anche *Equity in International Law*). Nel XX secolo, osserva E.B. WEISS, *op. cit.*, l'equità è stata «spesso citata come sinonimo di essere “giusto” o di “giustizia”, come articolato dalla Corte Internazionale di Giustizia (ICJ) nei Casi della piattaforma continentale del Mare del Nord e nel Caso relativo alla piattaforma continentale (Tunisia v Libia). Soprattutto nella seconda metà del ventesimo secolo, l'equità è stata invocata nel diritto internazionale come base su cui fornire *standard* per l'allocazione e la condivisione delle risorse e per la distribuzione degli oneri di curare le risorse e l'ambiente in cui si trovano. Questo uso dell'equità è a fondamento di un principio di equità intergenerazionale».

¹⁹ Il documento, pubblicato nel 1987 dalla Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo (WCED), per la prima volta introdusse il concetto di “sviluppo sostenibile” definendolo «uno sviluppo che soddisfi i bisogni del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri», v. www.un-documents.net/our-common-future.pdf.

²⁰ Sulla nozione di sostenibilità, v. K. BOSSELMANN, *The Principle of sustainability: Transforming Law and Governance*, London 2008, 64.

Il riferimento alle generazioni future ha trovato, poi, successivo riscontro in diverse costituzioni vigenti²¹, in alcune di esse viene declinato in termini di sostenibilità, riferita soprattutto alla materia ambientale, sebbene non manchino riferimenti anche in altri settori²², come quello, ad esempio, della gestione delle risorse finanziarie²³.

In particolare, per quanto riguarda la nostra Costituzione, sostenibilità e responsabilità intergenerazionale sono concetti strettamente legati e sono espressione e manifestazione diretta del principio costituzionale di uguaglianza e del dovere di solidarietà a cui lo Stato, come autorità e come comunità, è chiamato ad assolvere. E, oggi, dopo l'approvazione del disegno di legge, che modifica l'art. 9 della Costituzione, gli interessi delle generazioni future vengono contemplati espressamente tra le finalità a cui è indirizzata l'attività dello Stato di promozione dello sviluppo sostenibile²⁴.

²¹ J.A. WEDDERBURN, *Giving a voice to future generations: Intergenerational equity, representation of generations to come, and challenge of planetary rights*, in *Australian Journal of Environmental Law* 2014, 49. In argomento v. T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *DPCE*, 1/2016, in cui si evidenzia come sul testo delle Costituzioni di 193 Stati membri delle Nazioni Unite viene utilizzato il termine sostenibilità o sostenibile. L'a. pone al centro della riflessione il tema del procedimento legislativo, proponendo di introdurre, nell'iter legislativo, il ricorso a pareri consultivi obbligatori, da parte di organismi disciplinati a livello costituzionale, aventi ad oggetto l'impatto delle decisioni sulle esigenze delle future generazioni.

²² La possibilità di riferire la nozione di sviluppo sostenibile anche a settori diversi dall'ambiente sembra trarre conferma sia dalla *Declaration on Education and Research for Sustainable and Responsible Development*, siglata a Torino il 19 maggio 2009, a conclusione del c.d. G 8 University Summit, in cui il concetto di sviluppo sostenibile si estende anche alla *Education*, sia dalla Convenzione Unesco sulla promozione della diversità culturale, individuata come condizione "essenziale per uno sviluppo sostenibile a beneficio delle generazioni presenti e future". Sul punto, v. F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 0/2010.

²³ In argomento, M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Dir. e Soc.* 2018, 423 ss.; nonché G. RIVOCCHI, *La garanzia costituzionale della copertura finanziaria come vincolo intertemporale alla spesa pubblica nella (limitata) prospettiva della tutela delle generazioni future*, in (a cura di) R. BIFULCO, A. DALOIA, *Un diritto per il futuro*, cit., 475 ss.

²⁴ Cfr. disegno di legge costituzionale, approvato l'8 febbraio 2022, il cui art. 1 recita «All'articolo 9 della Costituzione è aggiunto, infine, il seguente comma: *La Repubblica tutela l'ambiente e l'ecosistema, protegge le biodiversità e gli animali, promuove lo sviluppo sostenibile, anche nell'interesse delle future generazioni*», in *www.senato.it*. In una prima stesura della legge costituzionale 1/2012 il Parlamento aveva espresso la volontà di inserire il principio di equilibrio di bilancio nell'art. 53 Cost. ("Diritti e doveri dei cittadini"), come principio "strettamente correlato ai principi dell'equità intergenerazionale e della sostenibilità delle politiche di bilancio".

Una solidarietà, perciò, che, proprio in quanto connessa alla promozione dello sviluppo, guarda sì al futuro, ma non può e non deve prescindere dal presente²⁵. Ed in questa prospettiva, va intesa la volontà parlamentare di modificare l'art. 9 della Costituzione, orientando la responsabilità dello Stato, nell'attività di tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi e nella promozione dello sviluppo sostenibile, anche nell'interesse delle future generazioni²⁶.

Inoltre, non si può tralasciare il fatto che la tutela delle generazioni future è insita nella scelta di una Costituzione rigida, attraverso cui si è inteso proprio custodire determinati principi e determinati diritti, in una dimensione non accessibile al legislatore²⁷.

La letteratura che si è sviluppata intorno al principio della equità intergenerazionale e alla tutela delle generazioni future si è soffermata, a lungo, sulla portata applicativa di tale principio, inteso da alcuni come fonte di doveri, da altri, invece, in termini di obblighi, a cui potrebbero

²⁵ L'equità intergenerazionale, infatti, non può essere distinta da quella intragenerazionale, poiché occorre porre attenzione alle esigenze delle generazioni contemporanee che rischiano di essere travolte dalle condizioni di povertà che si manifestano, ormai, nella maggior parte dei Paesi occidentali. Si che occorre valorizzare, sul piano della regola giuridica, il profilo della responsabilità dello Stato verso le generazioni, presenti e future, piuttosto che evocare in astratto la possibilità di configurare diritti di queste ultime.

²⁶ Nella prospettiva di inquadrare l'equilibrio intergenerazionale in termini di responsabilità dello Stato verso le generazioni future si è pronunciata anche la Corte federale costituzionale tedesca di Karlsruhe, ordinanza del 24 marzo 2021 (Beschluss vom 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18), dichiarando la incostituzionalità della legge Klimatpaket, la legge federale sui cambiamenti climatici del 12 dicembre 2019 (Bundes Klimaschutzgesetz – KSG), che disciplina gli “obiettivi climatici nazionali” e definisce i “limiti di emissione annuali” di gas serra fino al 2030. In questa pronuncia, la Corte Costituzionale afferma l'esistenza di un vero e proprio “diritto delle future generazioni” rispetto alle misure che lo Stato deve assumere per preservarle dagli effetti dei cambiamenti climatici, individuando nell'art. 20 della Costituzione tedesca sulla “protezione dei fondamenti naturali della vita” «il presupposto giuridico della responsabilità dello Stato nei confronti delle generazioni future, mediante l'esercizio del potere legislativo, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto». Sulla base di tali argomentazioni la legge tedesca è stata dichiarata incostituzionale per aver imposto una riduzione di emissione di Co2 di almeno il 55 % entro il 2030, ritenendo tale vincolo non coerente con gli obiettivi dell'accordo di Parigi sul clima, ponendo a carico delle future generazioni sforzi ancora più gravosi e urgenti dopo il 2030. In questi termini, la norma censurata dalla Corte avrebbe determinato «un impatto praticamente su ogni tipo di libertà perché tutti gli aspetti della vita umana comportano ancora l'emissione di gas serra e sono quindi potenzialmente minacciati da drastiche restrizioni dopo il 2030». Per ulteriori riferimenti v. www.cortecostituzionale.it.

²⁷ A. PACE, *La naturale rigidità delle costituzioni scritte*, Padova 1995.

corrispondere anche specifiche posizioni soggettive, riferibili a soggetti futuri²⁸.

Non mi soffermerò sulla complessa tematica dei diritti delle generazioni future (che contemplan sia soggetti non esistenti che soggetti esistenti, ma non ancora rappresentati), che ha visto, anche nella dottrina italiana, pregevoli contributi²⁹, poiché credo sia più opportuno focalizzare l'attenzione sulla prospettiva dei diritti delle generazioni presenti.

Ciò in quanto, se è vero, che il principio solidaristico impone di trovare un equilibrio tra le generazioni, allora bisogna, innanzitutto, stabilire qual è il livello minimo di protezione sociale che deve essere garantito alla persona, affinché possa realizzare, in condizioni di pari dignità sociale, il progetto di vita cui legittimamente aspira³⁰.

Anche nella letteratura internazionale appare consolidata l'idea che

²⁸ B. WEISS, *op. cit.*, colloca il tema dell'equità intergenerazionale nel quadro dei diritti umani, individuando i diritti delle generazioni future nell'ambito dei diritti collettivi. Tuttavia, osserva J.A. WEDDERBURN, *op. cit.* che non è chiaro come tali diritti "possano essere realizzati senza conoscere i soggetti che sono destinati a proteggere". In altri termini, sarebbe controverso riconoscere diritti, che richiedono protezione e sono fonti di obbligazioni, a favore di gruppi di persone che non sono ancora esistenti. In particolare, nell'ottica di J.A. WEDDERBURN, è inconcepibile che le stesse condizioni ambientali e le risorse naturali possono essere garantite a tutte le generazioni future senza distinzioni e limiti, «poiché le popolazioni continuano a crescere». Secondo altri, invece, «non vi è alcuna ragione teorica per cui i sistemi giuridici non possano riconoscere alle generazioni future pretese sul presente che possono essere denominate diritti», ciò, in quanto, «i sistemi giuridici riconoscono diversi tipi di persone giuridiche che sono finzioni della società, come le società, e conferiscono loro diritti». Così, D. L. SHELTON, *Intergenerational Equity in Rüdige Wolfrum and Chie Kojima (eds) Solidarity: A Structural Principle of International Law*, in *Law School Public Law Research Paper*, 2013, n. 53. Sebbene sia vero, questo non dice nulla dell'unica sfida intertemporale di garantire i diritti alle generazioni future.

²⁹ R. BIFULCO, A. D'ALOJA, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli 2008.

³⁰ J. RAWLS, *op. cit.*, sottolinea l'importanza della dimensione individuale nella costruzione della giustizia sociale. Si è osservato, al riguardo, che, nel concedere i diritti alle generazioni future, è necessario decidere esattamente quanto degli interessi delle generazioni esistenti dovrebbe essere sacrificato a beneficio del futuro. Tali decisioni presumibilmente non dovrebbero essere informate né al "modello conservazionista", secondo cui la generazione attuale non consuma nulla ma conserva tutte le risorse per la generazione futura, né a quello "opulento", che consente alla generazione attuale di consumare tutto ciò che vuole e di generare come e quanta ricchezza può. Tuttavia, non c'è consenso su dove, tra queste due posizioni estreme, si dovrebbe fissare il dovere verso le generazioni future. Il modello proposto da E.B. WEISS, *op. cit.*, secondo cui ogni generazione non deve trasmettere il pianeta in condizioni peggiori rispetto a quelle ricevute, costituirebbe una «guida volta a condizionare il processo decisionale contemporaneo». In tal senso, J.A. WEDDERBURN, *op. cit.*

se, da un lato, è necessario promuovere interventi di riforma per garantire la “giustizia” intergenerazionale, dall’altro lato, la stessa postula il riconoscimento della dignità umana come il più importante principio per realizzare tale giustizia, sotto il duplice profilo dell’arricchimento del ruolo del diritto internazionale e del riconoscimento dei presupposti antropologici che stanno alla base degli obblighi internazionali³¹.

Se, infatti, mettiamo in relazione il concetto di equilibrio intergenerazionale con quello della protezione sociale, viene, innanzitutto, in rilievo l’esigenza di verificare se il recepimento del principio di sostenibilità, che di tale equilibrio rappresenta una delle possibili declinazioni, possa essere foriero di posizioni giuridiche suscettibili di tutela.

Il campo di indagine prescelto, per svolgere questa riflessione, riguarda la complessa tematica della portata applicativa dell’obbligo dello Stato di assicurare l’equilibrio di bilancio, sancito dall’art. 81, c. 1, Cost., e di garantire la sostenibilità del debito pubblico, sancito dall’art. 97, c. 1, Cost.³².

³¹ S. RILEY, *Architectures of intergenerational justice: human dignity, international law, and duties to future generations*, in *Journal of Human Rights*, 2016, 15:2, 272-290, DOI. Nel senso che la dignità umana costituisce il presupposto per affermare un diritto della società e non degli Stati, collegando il tema dei diritti umani al principio di sussidiarietà, v. P. CARROZZA (2008), *Human dignity and judicial interpretation of human rights: A reply*, in *European Journal of International Law*, 19, 931-944. V., inoltre, P. CAPPS, *Human dignity and the Foundation of International Law*, in Oxford 2009.

³² Com’è noto, con la legge di riforma costituzionale n. 1/2012, che ha modificato gli artt. 81, 97, 117 e 119, è stato imposto alle amministrazioni pubbliche l’obbligo di assicurare l’equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico e di limitare il ricorso all’indebitamento al verificarsi di eventi eccezionali e previa autorizzazione delle Camere. Con riferimento agli artt. 117 e 119 Cost., viene, poi, ribadito per gli enti locali l’obbligo di assicurare l’equilibrio di bilancio e di assicurare l’osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall’ordinamento dell’Unione europea. Tuttavia, anche se nel corso dei lavori parlamentari è stata abbandonata la proposta di introdurre espressamente il principio della “equità intergenerazionale”, lo stesso sembra comunque imporsi nell’attuale contesto istituzionale attraverso una lettura orientata degli artt. 81 e 97 Cost., che obblighi le amministrazioni a limitare il ricorso all’indebitamento a situazioni di carattere eccezionale, con gli artt. 2 e 3 della Costituzione, che tutelano e promuovono i diritti della persona. L’esigenza interpretativa di ancorare la sana gestione delle risorse pubbliche al diritto delle generazioni future di poter realizzare i propri bisogni in condizioni che superino la soglia della sopravvivenza si appalesa, inoltre, quale presidio necessario di istanze non più trascurabili di uguaglianza sostanziale e di tutela di diritti fondamentali che si rinvergono nei diversi ambiti dell’agire pubblico. In tal senso, sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Danno da disservizio e tutela della persona*, Napoli 2013, 77-78. Al riguardo, come giustamente rileva J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, Torino 2013, la disuguaglianza sociale costituisce la principale conseguenza del fallimento del sistema politico che ha suscitato l’indignazione delle giovani generazioni, dando vita a movimenti

Ciò, in quanto, in tale ambito, si è sviluppato un interessante orientamento della Corte costituzionale, che rappresenta un punto di riferimento rilevante per delineare i possibili presupposti della tutela delle generazioni future, in un'ottica di equilibrio con quelle esistenti.

Al riguardo, occorre, innanzitutto, premettere che da tempo il dibattito scientifico e giurisprudenziale ha posto l'attenzione sulla costante tensione tra diritti sociali e limiti finanziari³³.

In particolare, è stato rilevato come la costituzionalizzazione del vincolo del pareggio di bilancio, di cui all'art. 81 Cost. e della sostenibilità della spesa pubblica, di cui all'art. 97, c. 1, Cost., implicherebbe che «il

di protesta sia in Europa (il riferimento è agli *Indignatos* spagnoli) che in America (con il movimento *Occupy Wall Street*). I movimenti in questione miravano, infatti, a contestare l'iniquità del sistema politico che sembra assegnare un eccessivo risalto a coloro che sono al vertice della scala sociale.

³³ A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 2014, 79; C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in C. PINELLI, *Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell'esperienza*, Torino 2012, 269; G. BRUNELLI, *Legalità e solidarietà nell'ordinamento dello stato sociale*, Napoli 2017. Per una attenta analisi sulla portata applicativa dell'art. 81 Cost. v. in particolare, L. MERCATI, *Fiscal compact: doveri dello Stato e diritti di cittadinanza*, in L. FERRARA e D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze University Press, 2016, 375 ss.; M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 3-4/2017, 622 ss.; R. PEREZ, *Il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 10/2012, 929 ss.; F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2/2012; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid*, 2012, 31 ss.; G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2013. Più specificatamente, parte della dottrina ritiene che la costituzionalizzazione dell'obbligo del pareggio di bilancio, che non costituisce un vincolo derivante dall'adesione al *Fiscal compact*, ma una opzione politica volta a stabilizzare i mercati, non abbia carattere innovativo, in quanto il primato del diritto europeo avrebbe comunque imposto un'applicazione diretta dei vincoli di finanza pubblica stabiliti in ambito europeo appunto. In tal senso, G.L. TOSATO, *op. cit.*; G. BOGNETTI, *Il pareggio di bilancio nella Carta costituzionale*, in *Rivistaaic.it*, 2011, 1 ss. Secondo altri, invece, la riforma costituzionale avrebbe conseguenze giuridiche molto significative, sul piano del diritto interno, in quanto la violazione del vincolo di bilancio comporterebbe l'invalidità degli atti che ne sono causa. In tal senso M. LUCIANI, *op. cit.*, il quale ritiene che «i vincoli europei sulle scelte di bilancio sono meno rigidi di quanto si pensi e – soprattutto – sono affidati a procedimenti sanzionatori segnati da ampia discrezionalità politica». Analogamente, v. anche L. MERCATI, *op. cit.*; M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 681, il quale evidenzia, quale ulteriore conseguenza della giustiziabilità davanti alla Corte costituzionale dei vincoli finanziari, quella della rimodulazione dell'organizzazione amministrativa e di una inevitabile alterazione dell'equilibrio nel rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione.

condizionamento finanziario sia intrinseco al diritto sociale, quale situazione giuridica soggettiva prevista dalla norma». In altri termini, secondo l'interpretazione prevalente, il diritto sociale avrebbe una estensione limitata, nel senso che tale diritto esiste se ed entro i limiti in cui la prestazione necessaria a soddisfarlo non comporti una violazione del pareggio tra entrate ed uscite³⁴. Si è osservato, invero, che sebbene il dovere di raggiungere l'equilibrio di bilancio (e di mantenerlo) non costituisca un limite diretto alle scelte politiche, esso finisca comunque per produrre tale effetto, se il debito pubblico già esistente non determina alcuna crescita, finendo per compromettere i diritti dei cittadini, delle generazioni presenti e future³⁵.

Senza entrare nello specifico della evoluzione di tale dibattito, è sufficiente ricordare che la Corte costituzionale, a partire dalla nota sentenza n. 275/2016, ha consacrato un principio fondamentale, che segnerà, come vedremo di qui a poco, un cambio di paradigma per la concreta attuazione dei diritti sociali, ovvero che «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condi-

³⁴ In tal senso, M. TRIMARCHI, *op. cit.*. In particolare, l'a., ricostruendo il quadro delle fonti nazionali e sovranazionali, perviene alla conclusione che "il primato del diritto europeo non avrebbe potuto determinare un coinvolgimento delle istituzioni nazionali nel perseguimento degli obiettivi finanziari di matrice europea comparabile a quello prodotto dalla riforma costituzionale". Ciò in quanto la previsione costituzionale introduce un parametro di legittimità che vincola il legislatore e l'amministrazione, e che si traduce in una riduzione della sfera pubblica sotto il profilo funzionale, che ha comportato l'affidamento alla società dei compiti tradizionalmente affidati ai pubblici poteri. Sulla riduzione della sfera pubblica v., in particolare, M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino 2000. L'osservazione, muove, infatti, dall'assunto che la Costituzione del 1948 aveva affidato al legislatore "un ampio programma di riforma della società", che investiva direttamente la pubblica amministrazione, riconducibile a quegli obblighi volti a dare valore sostanziale al principio solidaristico che permea il disegno costituzionale. In particolare, la dottrina riconduce a tale programma l'obbligo di tutelare la maternità, l'infanzia, la gioventù (art.31); di garantire l'istruzione scolastica (art. 33), di assicurare l'assistenza per i cittadini inabili al lavoro e sprovvisti di mezzi sufficienti per vivere e di garantire, quindi, la sicurezza sociale (art. 38). Così, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2015, 182 ss.

³⁵ L. MERCATI, *op. cit.*, secondo cui la costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio comporta la prevalenza del principio economico sui diritti sociali, in quanto pregiudicherebbe la possibilità di neutralizzare il vincolo dei cd. "controlimiti" che regola la dialettica tra obblighi internazionali e interessi costituzionalmente protetti. Sulla perdita della sovranità di bilancio, intesa come disponibilità alla determinazione di saldi complessivi, si veda, V. CERULLI IRELLI, *I vincoli europei e le esigenze di coordinamento della finanza pubblica*, in *www.astrid-online.it*, 2006; In termini di sovranità "condivisa", invece, A. RUGGIERI, *Crisi economica e crisi della costituzione*, in *Giurcost.org*, 2012, 10.

zionarne la doverosa erogazione»³⁶. Sì che, secondo la Corte, una volta identificato il nucleo incompressibile del diritto, ne discende la obbligatorietà del relativo finanziamento dei servizi amministrativi, a partire dalla formulazione di bilanci pubblici, nei quali il legislatore deve assegnare le risorse necessarie alla loro concretizzazione amministrativa³⁷. Sulla scia di tale orientamento, la Corte costituzionale è giunta persino a ritenere che «l'effettiva fruibilità del nucleo indefettibile dei diritti delle persone con disabilità non può dipendere da scelte finanziarie che il legislatore compie con previsioni che lasciano “incerta nell'*an* e nel *quantum* la misura della contribuzione»³⁸.

Anche la dottrina è ormai convinta che debba ritenersi acquisito nell'ordinamento giuridico il principio secondo cui la «certezza delle di-

³⁶ Cfr. C. Cost. n. 275/2016 e n. 83/2019. Sulla base di questi orientamenti si è consolidata, quindi, una giurisprudenza di merito molto significativa in tema di effettività dei diritti alle pari opportunità della persona con disabilità. Ed in questo senso rilevano, innanzitutto, quelle decisioni del giudice amministrativo che hanno condannato le amministrazioni a soddisfare le istanze di tutela promosse dalle persone con disabilità, anche in assenza di una disciplina specifica relativa all'ambito di intervento. E ciò in quanto il diritto all'inclusione sociale, quale corollario applicativo del principio di uguaglianza, impone alle istituzioni pubbliche il compito di apprestare tutte le misure idonee a supportare la persona a superare le difficoltà che costituiscono fonte di discriminazione ed emarginazione, impedendo l'effettiva esplicazione della dignità umana:

³⁷ La sentenza costituisce una significativa evoluzione del precedente e importante arresto in cui la Corte (sent. n. 80/2010) ha affrontato, una volta e per tutte, il problema dei limiti finanziari dei diritti sociali, stabilendo, in merito al diritto degli alunni disabili all'insegnante di sostegno, il principio secondo cui le assunzioni in deroga degli insegnanti di sostegno costituisce un nucleo indefettibile del diritto fondamentale all'istruzione e allo sviluppo della persona, che limita la discrezionalità del legislatore. Per una attenta lettura di tali sentenze, nella prospettiva della effettività del diritto all'istruzione delle persone con disabilità, v. L. GIANI, *Disabilità e istruzione*, in (a cura di) M. INTERLANDI, *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Napoli 2022, 139 ss. L'a., riferendosi al diritto all'istruzione, e ripercorrendo il dibattito scientifico maturato sulla portata applicativa dell'art. 34 della Costituzione, pone in evidenza la centralità dell'azione dell'amministrazione nella garanzia della effettività della tutela dell'individuo nel godimento di un diritto, che si traduce nell'obbligo delle istituzioni preposte alla erogazione del servizio strumentale a quest'ultimo di porre in essere tutte le attività necessarie per il raggiungimento del risultato, individuato, attraverso una lettura coordinata degli art. 2, 3 e 34 Cost., nella inclusione sociale. Per una riflessione più ampia sui diritti sociali, anche nella prospettiva delle pronunce della Corte costituzionale sulla discrezionalità del legislatore in ordine ai servizi sociali v. M. DELSIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Dir. amm.*, 3/2018, 587 ss., la quale individua una continuità tra la posizione della Consulta che, prima e dopo la riforma dell'art. 81 Cost., riconosce ampia discrezionalità al legislatore nella determinazione del contenuto delle prestazioni di cui consta il servizio sociale.

³⁸ C. Cost., sent. n. 110/2017.

sponibilità finanziarie» costituisce un presupposto indefettibile per garantire i servizi che danno attuazione ai diritti costituzionali: servizi che richiedono di essere erogati «senza soluzione di continuità, in modo che sia assicurata l'effettività del diritto della persona con disabilità all'istruzione e all'integrazione scolastica»³⁹.

Attraverso gli orientamenti citati, infatti, la Consulta ha posto in rilievo la presunta prevalenza della effettività dei diritti sociali fondamentali sui limiti finanziari, almeno per ciò che riguarda il loro nucleo essenziale, muovendosi, quindi, verso il superamento del modello teorico che considera i diritti sociali come diritti finanziariamente condizionati, ovvero diritti che possono trovare attuazione solo nei limiti delle disponibilità economiche della pubblica amministrazione.

Ciò non significa, come vedremo di qui a poco, che nella individuazione delle prestazioni esigibili non si debba tener conto dei limiti che derivano dalla costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio, ma significa, piuttosto, che l'organizzazione dei mezzi e delle risorse deve conformarsi al raggiungimento del risultato, individuato, appunto, nell'effettivo godimento del diritto.

E, invero, sulla scia degli orientamenti della Corte costituzionale si è affermato un interessante orientamento del Consiglio di Stato, in tema di effettività dei diritti della persona con disabilità, che ha evidenziato la rilevanza dei profili organizzativi di alcuni servizi essenziali, che non possono incontrare limiti nella presunta carenza di risorse.

In questo senso rilevano, innanzitutto, quelle decisioni del giudice amministrativo che hanno condannato le amministrazioni a soddisfare le istanze di tutela promosse dalle persone con disabilità⁴⁰, sul presupposto che il diritto all'inclusione sociale, quale corollario applicativo del principio di uguaglianza, impone alle amministrazioni di adottare le misure necessarie ad evitare l'esclusione sociale, impedendo l'effettiva esplicazione della dignità umana⁴¹.

In quest'ottica, perciò, la giurisprudenza amministrativa ha offerto un contributo straordinario nel rafforzare la lettura sistematica e costitu-

³⁹ L. GIANI, *op.cit.*

⁴⁰ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 23 marzo 2017, n. 2023; Consiglio di Stato, sez. V, 7 febbraio 2018, n. 809; v., anche, Consiglio di Stato, Sez. I, parere 15 marzo 2021 n. 403.

⁴¹ Per ulteriori approfondimenti, anche con riferimento a limiti finanziari dei diritti sociali, v. M. INTERLANDI (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Napoli 2022.

zionalmente orientata delle norme che disciplinano i poteri delle amministrazioni in tema di diritti sociali⁴².

Si pensi, ad esempio, alla decisione del Consiglio di Stato, che ha stabilito che il dirigente scolastico, pur in presenza di una assegnazione da parte degli uffici scolastici di un numero di ore di sostegno inferiore a quello necessario, indicato nel PEI, deve comunque redistribuire provvisoriamente le ore di sostegno, in attesa che siano rese disponibili dall'Ufficio regionale le risorse necessarie⁴³.

Analogamente, in tema di trasporto scolastico gratuito dell'alunno con disabilità, dinanzi al rifiuto delle amministrazioni interessate di erogare il servizio, motivato da una presunta incompetenza e dalla carenza di risorse finanziarie⁴⁴, il Consiglio di Stato, ha espressamente affermato che la pretesa al servizio in esame, assume la consistenza di diritto soggettivo, rientrando in quel "nucleo indefettibile di garanzia per gli interessati". Pertanto, «non è consentito nemmeno al legislatore, ed a maggior ragione alla pubblica amministrazione, escludere del tutto in forza di vincoli derivanti dalla carenza di risorse economiche, in quanto finirebbe per essere sacrificato il diritto fondamentale allo studio e all'istruzione»⁴⁵.

Sì che, nell'ottica dei giudici amministrativi, la pubblica amministrazione non avrebbe alcuna discrezionalità sull'*an* e sul *quantum*, dal momento che l'erogazione di determinati servizi, in quanto funzionale a garantire l'effettività dei diritti fondamentali della persona, non può essere in alcun modo negata⁴⁶.

⁴² Sulla qualificazione dei diritti sociali, v. L. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.* 2013, 61 ss.

⁴³ Cfr. sent. Consiglio di Stato, n. 2023/2017 cit.

⁴⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 7 febbraio 2018, n. 809. Nella vicenda giudiziale in esame, i ricorrenti, genitori di un alunno iscritto al terzo anno del liceo, affetto da una disabilità grave, con invalidità pari al 100%, avevano presentato istanza per il servizio gratuito di trasporto, dal proprio Comune di residenza alla sede scolastica. Pertanto, l'istituto scolastico aveva attivato il procedimento amministrativo provvedendo all'invio, all'Ente provinciale, Ufficio Politiche Sociali, della richiesta di attivazione del servizio. A fronte di tale istanza, il Comune aveva risposto di non essere competente in materia; la Provincia aveva, invece, sostenuto l'impossibilità della tempestiva attivazione, adducendo motivi di bilancio.

⁴⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 7 febbraio 2018, n. 809; v., anche, Consiglio di Stato, Sez. I, parere 15 marzo 2021 n. 403.

⁴⁶ Sul tema è intervenuta anche la Corte costituzionale, ponendo l'attenzione sulla "certezza delle disponibilità finanziarie" necessarie a garantire i servizi che danno attuazione ai diritti costituzionali: servizi che richiedono di essere erogati, senza soluzione di continuità, in modo che sia assicurata l'effettività del diritto della persona con disabilità

Dunque, è proprio sul terreno della effettività dei diritti sociali che la tensione tra questi e i limiti di finanza pubblica non può più trovare, nella clausola dei diritti finanziariamente condizionati, un efficace contenimento, soprattutto quando la garanzia dei primi è preordinata al rispetto della pari dignità sociale.

3. *La programmazione del bilancio nella prospettiva della protezione sociale: il punto di vista della Corte Europea dei diritti dell'uomo (sentenza G.L. v. Italia)*

Le considerazioni sin qui svolte confermano che il principio personalistico su cui verte la organizzazione dei poteri pubblici resiste, ed anzi si impone, grazie alla più recente lettura della Corte costituzionale, sui vincoli di bilancio, traendo ulteriore forza, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Quest'ultima, infatti, appare sempre più orientata a riconoscere la prevalenza dei diritti sociali, connessi alla realizzazione delle libertà fondamentali riconosciute dalla CEDU, sui limiti finanziari, evocati dalle amministrazioni per giustificare scelte organizzative non soddisfattive di tali diritti⁴⁷.

all'istruzione e all'integrazione scolastica. In tal senso, v. Corte Cost. n. 110/2017. In tema di bilanciamento tra diritti fondamentali ed esigenze finanziarie, oltre alle già citate sentenze n. 275/2016 e n. 83/2019, la Corte si era già espressa con le sentenze nn. 455/1990; 267/1998; 309/1999; 354/2008, sottolineando che i vincoli finanziari non possono assumere "un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana".

⁴⁷ G. AZZARITI, *Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza*, in (a cura di) M. SICLARI, *Contributi allo studio della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino 2003, 61 ss., nonché G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino 2017, 61 ss. In particolare, si osserva che «È solo con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che si pone il problema dell'affermazione e della garanzia dei diritti sociali. Quest'ultimo trova esplicito riconoscimento subito dopo, nel 2008, con il Trattato di Lisbona, che conferisce alla Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati europei e, allo stesso tempo, introduce una terza dimensione della coesione nell'Unione, quella territoriale. In tal modo l'Unione europea inizia ad assumere una dimensione non più riconducibile unicamente alle logiche di mercato, attribuendo alla persona maggior rilievo». In tal senso, F. FRANCHINI, *op. cit.*, 151. V., anche, L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Dir. UE*, 2009, 645 ss.

In armonia con tali principi, è appena il caso di ricordare, in chiave paradigmatica, la sentenza della Corte Europea, che ha condannato l'Italia, per non aver assicurato ad una alunna di scuola secondaria, con disabilità, il sostegno necessario per l'effettiva integrazione alla vita scolastica, a causa della carenza di risorse pubbliche⁴⁸.

La sentenza merita specifica attenzione nel passaggio in cui espressamente ammonisce lo Stato italiano, evocando l'obbligo di organizzare i servizi essenziali, sulla base dei bisogni effettivi dei soggetti che ne sono destinatari, tenendo conto innanzitutto di quelli che necessitano di risorse specifiche per poter compensare, in termini di opportunità, il divario sociale determinato dalla condizione soggettiva di partenza.

Sì che, la visione paradigmatica dei giudici europei evidenzia come «la questione non attenga più alle limitate risorse finanziarie che rendono i diritti condizionati; principalmente, invero, ora si discute su come i diritti sociali possano essere garantiti al pari degli altri diritti, al netto delle risorse disponibili»⁴⁹.

La sentenza della Corte Edu, inoltre, assume ulteriore rilievo anche perché conferma la graduale rilevanza dei diritti sociali in ambito europeo⁵⁰.

In tale ottica, sul versante del diritto derivato, nell'ambito dell'Unione, già nel 2010 la Commissione, aveva presentato la strategia "Europa 2020"⁵¹, al fine di attenuare gli effetti della crisi economica del 2008 sulla società europea e di predisporre l'economia degli Stati membri ad assorbire, con minore impatto, le conseguenze future derivanti da tale crisi. Orbene, nell'ambito del provvedimento in questione, erano stati individuati tre principali fattori di crescita, tra cui la crescita intelligente, la crescita sostenibile e la crescita inclusiva. Le ultime due, per quanto di interesse ai fini della presente indagine, hanno avuto lo scopo di imple-

⁴⁸ Cfr., C. Edu, *G.L. v. Italia*, 10 settembre 2020. Per ulteriori approfondimenti sui profili della sentenza evidenziati, v., in particolare, L. TOMASSI, *La garanzia del diritto all'istruzione secondo il modello sociale della disabilità e l'inefficienza amministrativa*, in (a cura di) M. INTERLANDI, *Funzione amministrativa e diritti della persona con disabilità*, Napoli 2022, 269 ss., nonché, *ivi*, R. SABATO, *I diritti della persona con disabilità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, 91 ss.

⁴⁹ In tal senso, L. TOMASSI, *op. cit.*, 275.

⁵⁰ Cfr. P. BILANCIA, *La dimensione europea dei diritti sociali*, in *Federalismi*, 2018; *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in (a cura di) E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE, *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli 2013, 67 ss.

⁵¹ Comunicazione (COM(2010) 2020 final) – Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva.

mentare ed uniformare le politiche interne in materia di equità intergenerazionale, sostenibilità e partecipazione al mercato del lavoro, mediante il potenziando della lotta alla povertà.

Inoltre, con l'approvazione del Pilastro europeo dei diritti sociali del 2017⁵² è stato avviato un percorso normativo volto a rafforzare la dimensione sociale europea, attraverso l'affermazione di principi che riassumono «*acquis communautaire, cioè dell'insieme dei diritti, degli obblighi e degli obiettivi politici condivisi dagli Stati membri e accettati senza riserve, in materia di pari opportunità e accesso al mercato del lavoro, condizioni di lavoro eque, protezione e inclusione sociale (e, quindi, contrasto alla povertà)*»⁵³. Nell'ambito di tale documento, infatti, specifica attenzione è stata posta ai temi della protezione sociale, inclusione sociale e occupazione, rispetto ai quali si evidenzia l'importanza delle misure volte ad assicurare a chiunque non abbia le risorse sufficienti un'esistenza dignitosa, come il diritto ad un adeguato reddito minimo⁵⁴.

4. *Il vincolo del pareggio di bilancio e l'equilibrio intergenerazionale nell'interpretazione della Corte costituzionale*

Come si è visto, dunque, il quadro costituzionale, in armonia con quello delineato dalla Corte Edu, risulta sufficientemente chiaro nel declinare il principio del pareggio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico nell'ottica di una tutela sociale della persona, vincolando i poteri pubblici all'effettiva realizzazione dello sviluppo della persona.

Con la conseguenza che anche la programmazione del bilancio costituisce un'attività che deve essere svolta nel perseguimento di tale risultato, secondo i canoni dell'uguaglianza e della pari dignità sociale.

⁵² *Pilastro sociale europeo*, consistente in un insieme di 20 principi adottati dal Parlamento, dal Consiglio e della Commissione, il 17 novembre 2017, a Goteborg (Svezia) – riguardanti le pari opportunità, l'accesso al mercato del lavoro, le condizioni lavorative e la loro equità, l'inclusione e la protezione sociale – espressi in termini di diritti delle persone. In tema, v. S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 953. In particolare, l'a. sottolinea che mediante tale pilastro, l'Unione ha, ancora una volta, affidato agli Stati membri – piuttosto che prevedere interventi sovranazionali diretti – il compito di provvedere al soddisfacimento dei diritti sociali.

⁵³ C. FRANCHINI, *op. cit.*, 153.

⁵⁴ C. FRANCHINI, *op. cit.*, sottolinea che tali principi, sebbene non determinino “effetti sostanziali”, a causa di una eccessiva genericità delle espressioni utilizzate, costituiscono una testimonianza dell'importanza sociale dell'Europa, che può spingere ad una maggiore convergenza tra le condizioni di vita e il lavoro.

Tuttavia, occorre verificare se, ed eventualmente entro quali limiti, la programmazione delle risorse pubbliche possa essere funzionalizzata all'effettività di quei diritti che sono preordinati a soddisfare bisogni primari della persona. Ciò nella prospettiva indagata di assicurare una equa ripartizione dei costi che comporta l'attuazione dei diritti sociali tra le generazioni e all'interno delle stesse.

Al riguardo, occorre partire dalla lettura che la Corte costituzionale ha imposto, in un recente filone interpretativo, dell'obbligo del pareggio di bilancio, ancorandola al principio dell'equilibrio intergenerazionale. Ci si riferisce, in particolare, alle sentenze con cui la Consulta ha dichiarato illegittime le norme della legge di bilancio che consentivano alle amministrazioni locali di distribuire il disavanzo pubblico nelle gestioni successive a quelle dell'anno corrente, in un arco temporale eccessivamente ampio rispetto agli «ordinari argini temporali del ciclo di bilancio»⁵⁵.

Giova ricordare, che già da tempo la Consulta si era soffermata sul concetto di sviluppo economico, in termini di sviluppo sostenibile ed equilibrato, evidenziando, in particolare, che «i principi comunitari del mercato e della concorrenza (...) non sono svincolati da un'idea di sviluppo economico-sociale» e «che la comunità europea è vincolata a perseguire i fini che le sono assegnati dall'art. 2, secondo comma, del Trattato, ovvero uno *sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile* delle attività economiche e dei sistemi di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una *crescita sostenibile* e non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione e di miglioramento della qualità dell'ambiente, del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la *solidarietà* tra Stati membri»⁵⁶.

Successivamente, la Corte ha specificato che «tutti i cittadini devono, anche nella ricordata ottica di equità intergenerazionale, essere coinvolti nei sacrifici necessari per garantire la sostenibilità del debito pubblico»⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. Ordinanza di rimessione della Corte dei conti, 28 febbraio 2018, sezione regionale di controllo per la Campania, secondo cui le norme censurate, sarebbero in contrasto con gli artt. 81 e 97 Cost. in quanto: a) sottrarrebbero gli amministratori locali al vaglio della loro responsabilità politica nei confronti dell'elettorato; b) non assolverebbe il dovere di solidarietà nei confronti delle generazioni future; c) non consentirebbero di supportare con risorse effettive le politiche volte a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini; d) pregiudicherebbero il tempestivo adempimento degli impegni assunti nei confronti delle imprese, potenzialmente determinandone la crisi.

⁵⁶ Cfr. C. Cost., n. 14/2004, punto 3, *considerato in diritto*.

⁵⁷ Cfr. C. Cost., n. 88/2014.

Muovendo da tali principi, la Consulta ha, poi, ulteriormente puntualizzato la portata applicativa della responsabilità intergenerazionale, affermando esplicitamente che il principio di equilibrio di bilancio non corrisponde ad un formale pareggio contabile, essendo collegato ad una continua ricerca di una stabilità economica di media e lunga durata, sottolineando, soprattutto, che la «responsabilità politica del mandato elettorale si esercita, non solo attraverso il rendiconto del realizzato, ma anche in relazione al consumo delle risorse impiegate». Con la conseguenza che si discosta da tali parametri la legge di bilancio che consente di destinare per un trentennio, alla spesa di parte corrente, le somme necessarie al rientro del disavanzo⁵⁸.

In particolare, la Corte costituzionale ha, espressamente, evidenziato che la eccessiva dilazione temporale confligge con «elementari principi di equità intergenerazionale, atteso che sugli amministratori futuri verranno a gravare sia risalenti e importanti quote di deficit, sia la restituzione dei prestiti autorizzati nel corso della procedura di rientro», specificando che il contrasto con gli artt. 81 e 97 Cost., si configurerebbe anche sotto il profilo della «responsabilità nell'esercizio della rappresentanza democratica, poiché nessuno degli amministratori eletti o eligendi sarebbe nelle condizioni di presentarsi al giudizio degli elettori separando i risultati direttamente raggiunti dalle conseguenze imputabili alle gestioni pregresse»⁵⁹.

Se, dunque, come avverte la Corte costituzionale, attraverso il principio solidaristico si afferma in capo a tutte le amministrazioni una responsabilità per il futuro, che opera innanzitutto nella organizzazione e distribuzione delle risorse disponibili, oltre che nella gestione del debito, non sembra affatto azzardato suggerire che la sostenibilità della spesa pubblica, sancita dall'art. 97, c. 1, Cost., costituisca un principio fondamentale, che, al pari dell'imparzialità e del buon andamento, concorre a realizzare il disegno personalistico, conformando l'azione amministrativa alla effettiva realizzazione dei diritti fondamentali della persona⁶⁰.

⁵⁸ Cfr. C. Cost., n. 18/2019; vedi anche C. Cost., n. 4/2020; n. 115/2020.

⁵⁹ Da ultimo cfr. C. Cost., n. 80/2021.

⁶⁰ Questa prospettiva può essere colta anche in quelle pronunce che, pur non evocando la equità intergenerazionale, avevano posto l'attenzione sulla esigenza che «ogni stanziamento di risorse deve essere accompagnato da scopi appropriati e proporzionati alla sua misura», specificando che la quantificazione delle risorse in modo funzionale e proporzionato alla realizzazione degli obiettivi previsti dalla legislazione vigente, costituisce espressione del principio di buon andamento dell'amministrazione, che vincola il legislatore. Cfr., C. Cost., n. 10/2016.

Ciò consentirebbe di superare la prospettiva, delineata in chiave critica dalla dottrina, secondo cui la riforma costituzionale perseguita dalla legge n. 1/2012 avrebbe determinato la prevalenza delle ragioni economiche sull'organizzazione amministrativa, conformando la stessa, innanzitutto, ai parametri della finanza pubblica, prima ancora che al buon andamento e all'imparzialità delle scelte⁶¹.

Ed in questo senso, un importante contributo ad una interpretazione dell'art. 97, c. 1, Cost. conforme al principio personalistico, di cui agli artt. 2 e 3 Cost., proviene dalla Corte dei conti⁶² che ha escluso la responsabilità erariale del Comune di Napoli, che, nonostante il disavanzo del conto di bilancio, aveva deliberato il reclutamento di personale a tempo determinato, per garantire la continuità dei servizi educativi della scuola d'infanzia e di asili nido comunali⁶³. La Procura regionale ha, infatti, archiviato il procedimento, ritenendo che «le norme statali che fissano limiti alla spesa delle Regioni e degli Enti locali, pur se riconosciute nell'ambito dei principi fondamentali di contenimento della finanza pubblica, non possono comprimere i diritti infungibili e funzioni fondamentali». Di qui, la esclusione dell'ipotesi di una violazione della legge di stabilità.

5. Segue. *L'equilibrio intergenerazionale nelle linee di indirizzo del Recovery Plan: la tutela dei diritti sociali*

In questa direzione, e spostando l'attenzione alla dimensione sovranazionale, non possiamo non fare riferimento alle scelte confluite nel piano di investimento del *Recovery Plan*, le quali, e qui è possibile cogliere un importante segnale di cambiamento rispetto alla politica del *fiscal compact*, sembrano indicare la messa in moto di un significativo processo di trasformazione del contesto politico sovranazionale, e dei nuovi paradig-

⁶¹ M. TRIMARCHI, *op. cit.*; L. MERCATI, *op. cit.*, M. LUCIANI, *op. cit.*

⁶² D. MORGANTE, *I nuovi presidi della finanza regionale e il ruolo della Corte dei conti nel d.l. 174/2012*, in *federalismi.it*, 2013; B. CARAVITA DI TORITTO, *Sulla vocazione del nostro tempo per una riforma della Corte dei conti e la ricostruzione unitaria delle sue funzioni*, in *federalismi.it*, 2012; M. RISTUCCIA, *La Corte dei conti quale strumento di governance*, in *Democrazia e diritto*, n. 3-4/2011, 39 ss.; U. ALLEGRETTI, *Controllo finanziario e Corte dei conti: dall'unificazione nazionale alle attuali prospettive*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, n. 1/2013, 12.

⁶³ Sul provvedimento di archiviazione della Procura contabile, v., in particolare, il commento di M. MORVILLO, *Un caso "di scuola": la vicenda del comune di Napoli, fra diritti e vincoli di bilancio*, in AIC, n. 4/2013.

mi dell'integrazione europea. Tali paradigmi sembrano, infatti, sollecitare gli Stati a programmare interventi strutturali in grado di promuovere uno sviluppo sociale, non più ancillare alla concorrenzialità del mercato, ma preordinato a garantire alle generazioni presenti e a quelle future le risorse necessarie per una crescita sostenibile.

Non è un caso che il programma di investimenti utilizzi un nome immaginifico come quello di "Next Generation EU", individuando, quali obiettivi da raggiungere, quelli volti a contrastare la povertà, la disoccupazione, l'abbandono scolastico, ad incentivare la formazione, ad accrescere le competenze di base, a promuovere l'inclusione delle donne nel mondo lavoro, ad incrementare i servizi sociali.

In questo programma i diritti sociali acquistano, quindi, una centralità significativa, di assoluto rilievo, non solo per il presente ma anche per il futuro.

La prospettiva delineata dalla strategia "Next Generation EU" sembra, perciò, confermare l'interpretazione suggerita, e cioè, che, il benessere delle generazioni future non può prescindere dal benessere di quelle presenti, soprattutto se queste sono seriamente esposte ad un elevato rischio di povertà⁶⁴.

In quest'ottica, affiora l'idea che l'attività di programmazione del bilancio costituisce il momento decisionale più impattante sull'equilibrio intergenerazionale⁶⁵.

Ed infatti, si è visto come la Corte costituzionale configura il principio solidaristico, di cui è espressione l'equilibrio intergenerazionale, quale vincolo per il legislatore, precludendogli la possibilità di prevedere

⁶⁴ Secondo le statistiche dell'Istat sulla povertà, in *www.istat.it*, «nel 2020, sono in condizione di povertà assoluta poco più di due milioni di famiglie (7,7% del totale da 6,4% del 2019) e oltre 5,6 milioni di individui (9,4% da 7,7%). Dopo il miglioramento del 2019, nell'anno della pandemia la povertà assoluta aumenta raggiungendo il livello più elevato dal 2005 (inizio delle serie storiche). Per quanto riguarda la povertà relativa, le famiglie sotto la soglia sono poco più di 2,6 milioni (10,1%, da 11,4% del 2019)».

⁶⁵ A. CAROSI, *Il principio di trasparenza nei conti pubblici*, in *Rivista AIC*, n.3, 2018. In particolare, l'A. sottolinea che i danni (in termini di scarsità delle risorse) alle generazioni future possono essere scongiurati, evitando, oggi, un depauperamento delle risorse economiche e finanziarie dovute a scelte inoculate e poco attente a preservare le ricchezze pubbliche e, dunque, comuni. In tale ottica assumono valore fondamentale i controlli, non solo di tipo collaborativo con le istituzioni sottoposte al controllo, ma anche di legalità-legittimità formale e sostanziale, che consentono alla Corte dei conti di espletare un ruolo simile a quello del legislatore o quello svolto dalle amministrazioni preposte all'adozione delle scelte politiche in merito al bilancio e all'allocazione delle risorse. Sul punto, si veda, anche, A. CAROSI, *Il ruolo della Corte dei conti nella salvaguardia delle regole di bilancio nazionali e comunitarie*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 3-4, 2015, 577.

norme che autorizzino le amministrazioni a formare i propri bilanci, distribuendo il disavanzo in un arco temporale successivo a quello corrente, superiore a tre anni.

Ciò implica che la tutela delle generazioni future si realizza, innanzitutto, nell'obbligo di chiudere il bilancio senza indebitamento per le gestioni future.

Tuttavia, l'equilibrio intergenerazionale, visto in un'ottica di giustizia sociale, non può ritenersi raggiunto, se, come si è detto, i costi di tale tutela vengono, poi, attribuiti alle generazioni contemporanee, in termini di riduzione dei servizi e di prestazioni sociali, incorrendo, come abbiamo visto, in violazioni di diritti garantiti in ambito nazionale ed europeo.

Occorre, perciò, trarre dal principio solidaristico e dai doveri sociali, esplicitamente richiamati dalla Costituzione, il fondamento giuridico per realizzare un sistema di tutela che guardi alla persona come individuo, a prescindere dal momento storico che si prende in considerazione.

In altri termini, l'equilibrio tra generazioni può essere raggiunto solo se le risorse pubbliche sono impiegate, secondo i canoni del buon andamento (ovvero di efficienza e di efficacia), per garantire a ciascun individuo un livello di vita dignitoso, senza ricorrere all'indebitamento, ovvero, senza spostare sulle gestioni future i debiti già contratti.

Tale ultimo profilo, non costituisce solo un auspicio coerente con le indicazioni costituzionali ed europee, ma configura un vincolo per le pubbliche amministrazioni di organizzarsi in funzione della effettiva tutela della persona.

In questa direzione, si possono trarre utili riferimenti in quelle pronunce giurisprudenziali prima ricordate, volte a confermare che l'obbligo del pareggio di bilancio non può più costituire un limite invalicabile alla piena attuazione dei diritti fondamentali, quanto meno nel suo nucleo indefettibile⁶⁶.

Ciò non significa che il vincolo costituzionale di cui all'art. 81 Cost. possa essere disatteso dalle amministrazioni, per garantire, ad esempio, i servizi essenziali (sebbene, come abbiamo visto, tale soluzione abbia ricevuto l'avallo della Corte dei conti, in un caso circoscritto), ma significa, piuttosto, che lo stesso debba esser letto alla luce del mutato contesto sociale ed economico in cui oggi si riferisce e secondo una interpretazione costituzionalmente orientata alla tutela della persona, come singolo e come parte di una comunità, presente e futura.

⁶⁶ C. Cost., 275/2016, cit.

Il che potrebbe significare, in concreto, vincolare le amministrazioni a formulare i bilanci di previsione tenendo conto, sulla base delle risorse disponibili, delle effettive esigenze della comunità amministrata, e, in caso di risorse insufficienti, a prediligere, nella prospettiva della pari dignità sociale, interventi volti a soddisfare i bisogni delle persone più fragili e vulnerabili, sotto il profilo economico e sociale.

Tale approccio, conferma, nei limiti appena indicati, quanto sin qui si è cercato di dimostrare, e cioè che l'equilibrio intergenerazionale si configura innanzitutto in termini di obblighi nei confronti della generazione presente, giuridicamente rilevanti, volti ad assicurare l'effettività delle garanzie costituzionali riconosciute alla persona, a tutela della sua dignità.

In questa prospettiva, perciò, il primo e fondamentale impegno dello Stato, su cui si registra un ritardo preoccupante, anche nella prospettiva degli obiettivi perseguiti dal *Recovery Plan*, riguarda la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni (cd. Lep) in ambito socio-assistenziale, un aspetto, questo, sino ad oggi poco indagato nella prospettiva della responsabilità intergenerazionale e a cui, invece, occorre prestare maggiore attenzione⁶⁷.

La definizione del Lep consente, infatti, di definire, anche e soprattutto sotto il profilo finanziario, la soglia minima di esigibilità delle prestazioni, individuando, così, un parametro giuridico concreto della responsabilità che si intende assumere verso le generazioni future, nella auspicata prospettiva di assolvere anche quella verso le generazioni presenti⁶⁸.

⁶⁷ Cfr. Legge “Delega al Governo in materia di disabilità”, 22 dicembre 2021, n. 227, che all'art. 2, c. 2, lett. g) n. 2, ha previsto espressamente, tra i punti da attuare, la definizione «delle procedure volte alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, di cui all'art. 117, c. 2, lett. m, della Costituzione, con riguardo alle prestazioni a favore delle persone con disabilità, con una disciplina di carattere transitorio, nelle more della effettiva applicazione dei livelli essenziali delle prestazioni, volta ad individuare e garantire obiettivi di servizio, promuovendo la collaborazione tra i soggetti pubblici e i privati ivi compresi gli enti operanti nel terzo settore».

⁶⁸ Cfr. C. Cost., n. 296/2012, che definisce i livelli essenziali in termini di «standard strutturali e qualitativi di prestazioni che, concernendo il soddisfacimento di diritti civili e sociali, devono essere garantiti, con carattere di generalità, a tutti gli aventi diritto». Ciò implica, quindi, che la determinazione di tali standard richiede la individuazione dei bisogni e l'organizzazione del servizio sul territorio, configurando, in tal senso, le prestazioni esigibili dal soggetto interessato. Nel quadro normativo antecedente la riforma costituzionale del 2001, la definizione dei Lep aveva trovato un riferimento specifico nella legge quadro 328/2000, che, all'art. 22 prevede tra i livelli essenziali delle prestazioni sociali erogabili sotto forma di beni e servizi, anche le “misure di contrasto della povertà

La difficoltà registrata, nel tempo, di stabilire tali livelli essenziali ha spostato, sul legislatore regionale e sul giudice comune, la responsabilità di tutelare i diritti sociali, operando sul singolo caso di specie⁶⁹.

La mancata determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, infatti, ha lasciato le Regioni nella impossibilità di definire gli interventi necessari e di stanziare le risorse, al punto che l'assenza di questi *standard* ha causato, negli anni, una significativa decurtazione del Fondo nazionale per le politiche sociali⁷⁰.

Ciò è tanto più grave anche alla luce degli effetti della pandemia, i cui danni sociali ed economici si sono tradotti, sul piano sostanziale, nella pretesa della collettività alla effettiva esigibilità di prestazioni essenziali, come, ad esempio, quelle sanitarie, o quelle relative all'istruzione scolastica, comprese quelle strettamente assistenziali, volte ad ottenere sussidi economici indispensabili per l'acquisto di beni di prima necessità o per garantire l'assistenza domiciliare o l'autosufficienza alle persone con disabilità, o ancora a sostenere le attività imprenditoriali⁷¹.

Tuttavia, la mancata definizione dei livelli essenziali delle prestazioni, (anche nell'ottica dei risultati attesi dal *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*) non può, comunque, per le ragioni appena evidenziate, sottrarre l'amministrazione dalla responsabilità giuridica di parametrare l'organizzazione e la distribuzione delle risorse, nel rispetto dell'effettivo soddi-

e di sostegno al reddito e servizi di accompagnamento, con particolare riferimento alle persone senza fissa dimora".

⁶⁹ Cfr. M. DELSIGNORE, *op. cit.* Si osserva, in particolare, che anche la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 296/2012, ha riconosciuto l'inadempimento dello Stato, rispetto all'attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni, di cui all'art. 117, c. 2, lett. m), ascrivendone le ragioni alla riforma costituzionale n. 3 del 2001, che, mutando il quadro costituzionale nella materia dei servizi sociali, ha determinato «l'ulteriore effetto di non consentire, nel periodo successivo alla riforma di cui alla legge costituzionale n. 3 del 2001, l'adozione degli strumenti di programmazione previsti dalla legge quadro n. 328 del 2000». Nello specifico, la Corte ritiene che «l'attribuzione della competenza legislativa residuale alle Regioni nella materia qui considerata preclude allo Stato di fissare i principi fondamentali della materia, e di indicare gli obiettivi della programmazione, come era invece previsto dalla legge n. 328 del 2000, approvata in una fase nella quale la materia in esame rientrava tra quelle di competenza concorrente tra Stato e Regioni».

⁷⁰ Su cui cfr., *Le risorse finanziarie per le politiche sociali. Anni 2009-2015*, in *www.regioni.it*.

⁷¹ Cfr. Documento di Economia e Finanza, 2021. Sull'impatto della pandemia, Covid-19, sulle famiglie a basso reddito di lavoro, v. F. CARTA, M. DE PHILIPPIS, *L'impatto della crisi da Covid-19 sulla disuguaglianza del reddito da lavoro in Italia*, in *www.bancaditalia.it/pubblicazioni*, n. 606, febbraio 2021; v., anche, C. RONDINELLI, F. ZANICHELLI, *Principali risultati della terza edizione dell'indagine straordinaria sulle famiglie italiane nel 2020*, in *www.bancaditalia.it/pubblicazioni*, note Covid-19, 30 marzo 2021.

sfacimento dei bisogni primari della persona, oltre che di quelli necessari all'inclusione sociale; se è vero, come si è cercato di dimostrare, che la costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio non può prescindere dall'impianto solidaristico in cui si colloca e dalla dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali.

Questa responsabilità potrebbe trovare un possibile fondamento giuridico nel D.l. 80/2021 (conv. L. 113/2021) che, nell'ambito delle misure di rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni, ha previsto, all'art. 6, l'obbligo di adottare annualmente il "Piano integrato di attività e organizzazione" che definisce tra gli altri, gli obiettivi programmatici e strategici della performance organizzativa, secondo i principi e le direttive indicate dal d.lgs. n. 150/2009. In base a questi ultimi, gli obiettivi programmati devono essere: «a) rilevanti e pertinenti rispetto ai bisogni della collettività, alla missione istituzionale, alle priorità politiche ed alle strategie dell'amministrazione; b) specifici e misurabili in termini concreti e chiari; c) tali da determinare un significativo miglioramento della qualità dei servizi erogati e degli interventi; d) riferibili ad un arco temporale determinato, di norma corrispondente ad un anno; e) commisurati ai valori di riferimento derivanti da standard definiti a livello nazionale e internazionale, nonché da comparazioni con amministrazioni omologhe»⁷².

L'idea di fondo è che in questo particolare momento storico l'esigenza di una sana gestione finanziaria riflette il bisogno di indurre i pubblici poteri a perseguire obiettivi di concreto sviluppo economico, che assicurino non solo alle generazioni presenti ma anche a quelle future un livello di benessere che rispetti la dignità umana, così come previsto dalla Costituzione⁷³.

Alla luce di tali considerazioni, allora, possiamo dire che la giuridificazione in chiave solidaristica dell'equilibrio intergenerazionale impone una diversa lettura dell'obbligo del pareggio di bilancio e della sostenibilità della spesa pubblica, che non può più essere quella, evocata in passato, di limitare la spesa destinata ai diritti sociali, ma, piuttosto, quella

⁷² Cfr. art. 5, c. 2, del d.lgs. n. 150/2009, come succ. mod. e integ., da ultimo dal d.l. 80/2021, rubricato "Obiettivi e indicatori".

⁷³ Sì che in questa prospettiva appare utile il riferimento alla rilettura del principio di efficienza riconducibile al paradigma del New Public Value, che sta favorendo un dibattito sempre più intenso sulla opportunità di rafforzare il controllo esterno anche ricorrendo a nuovi strumenti come quello del customer satisfaction, già introdotto dal d.lgs. n. 150/2009.

di vincolare le amministrazioni ad organizzare e distribuire le risorse in funzione della effettiva tutela della dignità umana.

E vorrei sottolineare, in proposito, che l'interpretazione appena suggerita comporta, altresì, come logica conseguenza, (ed è questa, a mio avviso, la vera novità che discende dalla rilevanza costituzionale dell'equilibrio intergenerazionale) che il bilanciamento dei costi dei diritti sociali si gioca in un ambito più ampio di quello in cui tradizionalmente è ascritto, un ambito in cui i diritti sociali non sono più solo in competizione tra loro, ma sono in competizione anche con altri diritti di natura diversa, e, più in generale, con tutte le voci che compongono il bilancio pubblico⁷⁴.

6.1. *La possibile rilevanza giuridica degli indicatori di benessere equo e sostenibile nel ciclo di programmazione del bilancio*

In questa prospettiva, ai fini della individuazione delle possibili misure di protezione sociale, potrebbe essere utile richiamare l'attenzione su alcuni strumenti che appaiono particolarmente significativi, in termini di "obblighi" che concernono l'attività di programmazione e gestione delle risorse pubbliche.

Mi riferisco, in particolare, alla inclusione degli indicatori di benessere equo e sostenibile nel ciclo di programmazione economico-finanziaria, che «apre la strada a una visione più ampia e articolata del rapporto tra politiche pubbliche e la qualità della vita dei cittadini»⁷⁵.

Tale documento – introdotto in Italia in via sperimentale con la legge 163/2016⁷⁶ di riforma del bilancio dello Stato – costituisce uno strumento tecnico molto innovativo, finalizzato ad ancorare l'attività di programmazione delle risorse pubbliche a determinati parametri di benessere, a loro volta individuati sulla base dei dati forniti dall'Istat. In particolare, attraverso questi dati è possibile individuare l'andamento, nell'ultimo

⁷⁴ Come osserva, M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *www.rivistaic.it*, 3/2016, tutti i diritti hanno un costo, ovvero sono «risorse giuridicamente scarse (nel senso che il loro godimento non è illimitato), condizionate alla disponibilità di risorse economicamente scarse (nel senso che sono le decisioni di bilancio che determinano le opportunità di godimento dei diritti)». Nella prospettiva del ruolo della Corte costituzionale, v. D. DE PRETIS, *Rights and fairness*, Relazione tenuta a Buenos Aires, 2018.

⁷⁵ Cfr., *Introduzione*, allegato al Documento di Economia e Finanza 2017.

⁷⁶ L. n. 163/2016 recante "modifiche alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, concernenti il contenuto della legge di bilancio, in attuazione dell'articolo 15 della legge 24 dicembre 2021, n. 243".

triennio, degli indicatori di benessere equo e sostenibile, nonchè le previsioni sulla loro evoluzione, nel periodo di riferimento del Documento di Economia e Finanza (DEF). Inoltre, la legge prevede, altresì, che «entro il 15 febbraio di ogni anno il Ministero dell’Economia e delle Finanze (Mef) deve presentare alle Camere una relazione in cui si evidenzia l’evoluzione degli indicatori, sulla base degli effetti determinati dalla legge di bilancio per il triennio in corso». La stessa legge ha, perciò, previsto l’istituzione presso l’Istat di un “comitato per gli indicatori di benessere equo e sostenibile”, presieduto dal Ministro dell’economia e composto dal presidente dell’Istat, dal Governatore della Banca d’Italia e da due esperti della materia di comprovata esperienza scientifica, avente il compito di selezionare e definire gli indicatori di benessere equo e sostenibile da collegare al ciclo della programmazione economica e finanziaria.

Come evidenziato nel documento allegato al DEF 2017, l’inserimento di tali indicatori nel ciclo di bilancio e nelle valutazioni previsive delle azioni programmatiche del Governo «pone l’Italia all’avanguardia nell’introduzione degli aspetti del benessere dei cittadini che vanno ‘oltre il Pil’ nei processi decisionali pubblici»⁷⁷.

In questo contesto, la specifica attenzione al tema della crescita del benessere sociale si impone nel processo decisionale della pubblica amministrazione già nella fase di programmazione delle risorse, vincolando così l’attività amministrativa nelle scelte di indirizzo, ma anche in quelle organizzative.

La utilizzazione degli indicatori di benessere equo e sostenibile consente, infatti, di funzionalizzare la programmazione delle risorse pubbliche ad obiettivi di benessere sociale, predeterminando, così, gli standard di valutazione delle azioni delle pubbliche amministrazioni.

In questa prospettiva, non può escludersi, inoltre, che tali indicatori potranno assumere, nel tempo, una specifica rilevanza giuridica, sotto il profilo della esigibilità di prestazioni sociali, connesse alla effettività di diritti fondamentali⁷⁸, anche in un’ottica di giustizia sociale⁷⁹.

⁷⁷ Cfr. Allegato DEF.

⁷⁸ Si pensi, ad esempio, al caso, prima ricordato, della alunna con disabilità, che ha portato la Corte europea a condannare l’Italia, per averla privata di un servizio essenziale, in ragione di una presunta carenza di risorse. In tal caso, la mancata allocazione di risorse per il reclutamento dei docenti di sostegno potrebbe dare adito ad azioni risarcitorie oppure, ove ne ricorrano i requisiti, ad azioni collettive per l’efficienza pubblica, di cui all’art. 4, d.lgs. n. 198/2009.

⁷⁹ In questa prospettiva, v., T. HONORÈ, *Giustizia sociale*, in M. RICCIARDI (a cura di), *L’ideale di giustizia, da John Rawls a oggi*, Milano 2010, 192, il quale sintetizza il tema della

In altri termini, una programmazione delle risorse non coerente con il fabbisogno rilevato dagli indicatori del BES, potrebbe essere valutato come presupposto di una possibile responsabilità dell'amministrazione, sia sotto il profilo del danno erariale da disservizio⁸⁰, sia sotto il profilo di possibili *class action* pubbliche, finalizzate ad ottenere il rispetto degli standard di qualità dei servizi pubblici, essenziali all'effettività dei diritti fondamentali, spesso compromessa proprio a causa della carenza di risorse⁸¹.

6.2. Segue. *Il ruolo delle amministrazioni e il coinvolgimento del terzo settore: verso un nuovo paradigma organizzativo fondato sulla collaborazione dei privati*

Sotto altro profilo, e spostando l'attenzione sul ruolo delle amministrazioni, la funzionalizzazione della programmazione di bilancio al raggiungimento degli obiettivi di benessere sociale, individuati attraverso determinati indicatori, pone le premesse per promuovere un nuovo modello organizzativo, fondato sul coinvolgimento dei privati, per garantire i diritti sociali, anche nella prospettiva di un equilibrio intergenerazionale.

Pensiamo al settore degli appalti pubblici: le amministrazioni possono svolgere un importante funzione nel promuovere l'equilibrio intergenerazionale, rafforzando, ad esempio, la rilevanza degli aspetti sociali della disciplina del mercato pubblico. In quest'ottica, il decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 (convertito, con modificazioni, in Legge 29 luglio 2021, n. 108) offre indicazioni molto utili al riguardo, prevedendo all'art. 47 disposizioni innovative in tema di "*Pari opportunità e inclusione lavorativa nei contratti pubblici, nel PNRR e nel PNC*". La norma, invero, mira a utilizzare la leva degli investimenti pubblici per indurre le imprese a modificare le proprie politiche del lavoro, incentivando le aziende «a innovare le proprie procedure di reclutamento, le logiche di

giustizia sociale nell'idea che "tutti i membri della stessa comunità hanno una pretesa a partecipare ai vantaggi che generalmente si desiderano e che contribuiscono al benessere in modo tale da assicurare a ciascuno una quota eguale dei vantaggi complessivi. Per vantaggi intendo qualsiasi cosa di cui c'è bisogno (vita, salute, cibo, casa, vestiti, istruzione, arte, spazio, svago, prendere parte a processi decisionali) per una vita piena compatibilmente con le circostanze e le risorse [...]".

⁸⁰ Sul danno da disservizio sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Danno da disservizio e tutela della persona*, Napoli 2014; nonché, più di recente, M. NUNZIATA, *Azione amministrativa e danno da disservizio. Un'analisi della giurisprudenza*, Torino 2018.

⁸¹ Cfr. C. Edu, G.L. v. Italia, *cit.*

avanzamento nelle carriere e ad investire in forme di organizzazione del lavoro che ne migliorino le possibilità di conciliazione con le esigenze di cura e di vita. Ciò nell'ottica di ridurre il divario di genere e le difficoltà di inserimento lavorativo dei giovani, oltreché i disabili (categoria inizialmente trascurata nel decreto legge e inclusa solo in sede di conversione in legge)»⁸².

In particolare, va rilevato che le misure compensative indicate nella norma conferiscono alle amministrazioni appaltanti un ampio margine di apprezzamento, per l'affidamento dei contratti pubblici finanziati con i fondi del PNRR e del PNC⁸³. Ed infatti, le amministrazioni possono prevedere specifiche misure premiali, in termini di punteggio aggiuntivo da assegnare in sede di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, riconducibili ai cd. parametri "*socially oriented*"⁸⁴.

Sotto altro profilo, per contrastare il rischio di un arretramento dell'intervento pubblico nell'attuazione dello stato sociale⁸⁵, dovuto alla carenza di risorse, l'amministrazione potrebbe rafforzare il ruolo del terzo settore⁸⁶, ricorrendo alla collaborazione della società, per intercettare

⁸² V., in argomento, D. CAPOTORTO, *Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica*, in *Nuove Autonomie*, 2/2021.

⁸³ PNC, Piano Nazionale degli investimenti complementari

⁸⁴ Si è osservato, in particolare, che le amministrazioni potranno attribuire un punteggio premiale ai concorrenti che: – «si impegnino ad assumere donne e giovani e/o persone disabili per una quota ulteriore rispetto a quella minima del trenta per cento; – dimostrino di utilizzare o si impegnino a utilizzare per l'esecuzione della commessa specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro per i propri dipendenti, nonché modalità innovative di organizzazione del lavoro; – abbiano rispettato nell'ultimo triennio i principi della parità di genere e adottato specifiche misure per promuovere le pari opportunità generazionali e di genere, anche tenendo conto del rapporto tra uomini e donne nelle assunzioni, nei livelli retributivi e nel conferimento di incarichi apicali; – abbiano rispettato nell'ultimo triennio gli obblighi in materia di assunzioni in favore delle persone con forme di disabilità ex l. 12 marzo 1999, n. 68; – nel triennio precedente, non risultino destinatari di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori (per motivi sessuali, razziali, etnici, nazionali, religiosi, o legati a convincimenti personali, all'orientamento sessuale, all'età o a ad altre forme di diversità) 18; – abbiano presentato o si impegnino a presentare per ciascuno degli esercizi finanziari, ricompresi nella durata del contratto di appalto, una dichiarazione volontaria di carattere non finanziario, cd. bilancio sociale di impresa, ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo 30 dicembre 2016, n. 254». In tal senso, D. CAPOTORTO, *op. cit.*

⁸⁵ M. MAZZAMUTO, *op. cit.*; G. DELLA CANANEA, *Poteri pubblici ed emergenza sanitaria: i dislivelli di statalità*, in *Dir. pubb. comp. eur. online*, 2020, n. 2, 2398, che si ispira pure alle considerazioni di G. CORSO, *Lo Stato come dispensatore di beni. Criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Soc. dir.*, 1990, 10 ss.

⁸⁶ In tal senso M. DELSIGNORE, *op. cit.*

e soddisfare le specifiche esigenze dei singoli contesti territoriali. Sì che, piuttosto che arretrare, i poteri pubblici dovrebbero riorganizzarsi avvalendosi del contributo della società, per realizzare quel disegno di giustizia sociale che, per carenza di risorse, sarebbe difficilmente perseguibile.

In questo modo lo Stato, pur rimanendo titolare della funzione pubblica connessa alla protezione sociale, converte il suo ruolo: da erogatore diretto del servizio a coordinatore delle attività dei privati⁸⁷.

Del resto, proprio la centralità dei diritti sociali e, in generale, il legame assunto dai Costituenti come decisivo tra “democrazia politica e democrazia economica”⁸⁸ aveva portato lo Stato a considerare gli enti del terzo settore come soggetti legittimati ad organizzare e ad erogare i servizi e le attività per il perseguimento dell’effettività di tali diritti. In questo contesto, quindi, il d.lgs. n.117/2017, nel promuovere il coinvolgimento attivo degli enti del terzo si prefigge di attuare un modello nuovo di protezione sociale, fondato sulla collaborazione tra diversi soggetti e sulla utilizzazione congiunta e coordinata delle risorse.

Si tratta del c.d. modello collaborativo, in cui P.A. ed enti del terzo settore si trovano a cooperare in forme procedurali, sottoposte al regime (pubblicistico) della disciplina sul procedimento di cui alla L. n. 241/1990, ovvero alla disciplina in materia di trasparenza di cui al D.lgs. n. 33/2013.

Di tale modello sono espressione gli istituti – attuativi del principio di sussidiarietà orizzontale – della co-progettazione e della co-programmazione, rispettivamente disciplinati dal comma 1 e dal comma 2 dell’art. 55 del richiamato d.lgs. n. 117/2017⁸⁹.

In particolare, la disposizione in commento prevede che la co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di co-programmazione.

⁸⁷ M. DELSIGNORE, *op. cit.*; v, anche, C. FRANCHINI, *op. cit.*, 207 ss.

⁸⁸ M. SALVATI, art. 4, Roma 2017, 16. L’espressione è stata utilizzata da Costantino Mortati e da altre forze costituenti: C. MORTATI, *Costituzione dello Stato*, II, *La costituzione italiana*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962 214 ss., anche in *Id.*, *Raccolta degli scritti*, vol. II, 367.

⁸⁹ C. BORZAGA, *L’art. 55: come liberare il Terzo settore e i servizi sociali dalla schiavitù della concorrenza*, in *welforum.it*, 23 settembre 2019; G. MAROCCHI, *Coprogrammazione, coprogettazione e gli anticorpi della conservazione*, in *welforum.it*, 31 agosto 2018. Si veda, inoltre, F. SANCHINI, *La nuova disciplina dei rapporti fra pubblica amministrazione e terzo settore (Articoli 55-57)*, in F. DONATI, F. SANCHINI (a cura di), *Il Codice del Terzo settore. Commento al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 e ai decreti attuativi*, Milano 2019, 249 e ss.

La Corte costituzionale si è, recentemente, pronunciata su tali istituti, chiarendone la rilevanza organizzativa e stabilendo che la co-progettazione «non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico»⁹⁰.

L'esigenza di trovare sostegno nel terzo settore, creando un'amministrazione condivisa, in cui le parti sociali possano agire con lo scopo di rendere più fruibili e meno difficilmente finanziabili i servizi, si traduce

⁹⁰ Cfr. Corte Cost. sent. n. 131/2020. Con la pronuncia in questione, la Corte ha riconosciuto l'evidente (e positivo) impatto avuto, sulla disciplina della materia – in particolare su quella dei rapporti tra P.A. e T.S. – del d.lgs. n. 117/2017 (Codice del terzo settore) e, nello specifico, degli articoli dedicati a tali rapporti. La Consulta ha rilevato che gli istituti disciplinati dal VII Titolo del Codice devono ritenersi diretta attuazione dei principi e dei valori essenziali dell'ordinamento costituzionale (centralità della persona, solidarietà e sussidiarietà orizzontale). Da tale angolo di visuale, interessanti risultano i passaggi della sentenza secondo cui le disposizioni contenute agli artt. 55, 56 e 57 del testo normativo in commento, rappresentano «una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118. Quarto comma, Cost.». La disposizione costituzionale da ultimo citata avrebbe, secondo la Consulta, «esplicitato... le implicazioni di sistema derivanti dal riconoscimento della profonda socialità che connota la persona umana e della sua possibilità di realizzare una azione positiva e responsabile», anche attraverso rapporti di integrazione organizzativa e funzionale tra enti privati (di Terzo settore) e istituzioni pubbliche. In tale ottica, il Codice potrebbe ritenersi l'instaurazione (automatica e spontanea) di dinamiche di condivisione di funzione sociale tra pubblico e privato (*non profit*), posto che entrambi gli estremi costituiscono espressione del dovere comune di soddisfare e, dunque, rendere effettivi i diritti sociali, dovere, peraltro, direttamente rinvenibile nel dettato costituzionale (art. 2 e 3 Cost.). Mediante le richiamate disposizioni del Codice, dunque, il legislatore ha positivizzato la procedimentalizzazione dell'integrazione organizzativa (sussidiaria) tra pubblico e privato, attraverso la tipizzazione di istituti giuridici, volti alla promozione della collaborazione tra i due estremi. Per un commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 131/2020, si vedano, tra gli altri, E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, *Forum costituzionale*, 3.2020, 2020; G. ARENA, *Conclusioni, in Terzo settore e pubblica amministrazione. La svolta della Corte costituzionale*, (a cura di) S. PELLIZZARI, C. BORZAGA, Trento 2020, 55 e ss. In particolare, Arena, nell'ottica dei principi enunciati nella sentenza in commento, sostiene che l'«amministrazione condivisa» e i «patti di collaborazione» tra enti pubblici e enti del Terzo settore, possano fungere da moltiplicatori di risorse e da elementi tendenti a dare stabilità al Paese. In tale prospettiva, i nuovi istituti organizzativi potrebbero, dunque, avere anche una valenza intergenerazionale. Sul tema dell'amministrazione condivisa, si veda anche F. GIGLIONI, *L'amministrazione Condivisa è parte integrante della Costituzione Italiana*, in *labsus.org*, 6 luglio 2020.

proprio nell'intento di perseguire una equità sociale intergenerazionale, mai raggiunta dalle politiche di *welfare* sostenute negli ultimi decenni⁹¹.

Ed infatti, come accennato in precedenza, il sistema di *welfare* misto (in cui pubblico e privato cooperano per l'erogazione dei servizi sociali)⁹² ha incontrato i descritti limiti dei vincoli di bilancio imposti dalla normativa sovranazionale, ponendo delle problematiche di finanziamento (pubblico) di tali servizi e della qualità di erogazione degli stessi. Come facilmente intuibile, tali contingenze, oltre ad aumentare la spesa sociale, hanno generato uno scompensamento di equità tra generazioni in ordine alla sostenibilità della spesa pubblica, finanziata, come detto, dai prelievi fiscali, nella misura in cui, ai giovani, sarebbe toccato ripianare i debiti prodotti dai più anziani.

Gli strumenti individuati dal legislatore tentano, dunque, di porre al centro del sistema organizzativo, dei servizi sociali e di assistenza, gli enti del terzo settore, allo scopo di sgravare le amministrazioni dai costi connessi alla gestione di tali servizi e di riequilibrare il rapporto tra efficienza amministrativa ed effettività dei diritti sociali.

Un modello, dunque, che diventa «espressione di un tentativo di valorizzare l'attività di una pluralità di attori tutti indirizzati alla tutela di un interesse comune»⁹³. In questa prospettiva, volta a valorizzare la sussidiarietà orizzontale, quale principio costituzionale che regola la ripartizione delle funzioni amministrative, si è osservato come nelle città si stiano sperimentando nuovi modelli di partecipazione tra istituzioni e portatori di interessi, in cui la relazione con il territorio si fonda sulla condivisione e sulla cogestione⁹⁴. Ciò è ancora più rilevante, se si considera che la

⁹¹ Per un approfondimento in tema di rapporti tra enti del T.S. e P.A., si veda G. ARENA, *Sussidiarietà orizzontale e Terzo settore*, in *Impresa Sociale*, 2020; FICI A., GALLO L., GIGLIONI F. (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo Settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, I *Quaderni di Terzjus*, Napoli 2020.

⁹² Sulla privatizzazione dei servizi sociali e sul sistema di *welfare mix*, si vedano, tra gli altri, C. BORZAGA, *Perché e come privatizzare i sistemi di welfare*, e, in (a cura di), C. BORZAGA, G. FIORENTINI, A. MATACENA *Non profit e sistemi di welfare. Il Contributo dell'analisi economica*, 1996, 48; O. DE LEONARDIS, *Il welfare mix e l'eredità difficile del welfare state*, in *L'assistenza sociale*, 1, 1996, 35 e ss.; M. MUSELLA, S. D'ACUNTO, *Economia politica del non profit*, 2^a ed., Torino 2004, 62 e ss.

⁹³ C. FRANCHINI, *op. cit.*, 204.

⁹⁴ In tal senso, v. S. VALAGUZZA, *Il diritto delle città e il dibattito sull'autonomia differenziata*, in *www.federalismi.it*, la cui riflessione si sofferma sulla nuova configurazione di governo locale, fondata sulla rilevanza delle "città" come luogo «della diversità, in cui si animano le esigenze individuali e collettive».

transizione digitale ed ambientale attribuiscono un ruolo fondamentale alla comunità, intesa come soggetto di un nuovo patto sociale, fondato sull'equilibrio tra uniformità dei diritti e differenziazione dei modelli amministrativi, volto ad innalzare il livello di efficienza dei servizi pubblici, soprattutto di quelli orientati alla cura della persona⁹⁵.

Gli interventi attuativi del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* spingono, infatti, verso la formazione di comunità intelligenti e sostenibili, foriere di una “nuova” «cittadinanza amministrativa», intesa come la titolarità di una serie di posizioni, riconducibili all'individuo in quanto parte di una determinata realtà, che si sostanziano nella pretesa giuridicamente tutelata ad ottenere una qualità della vita accettabile⁹⁶. Una cittadinanza, dunque, fondata sui nuovi paradigmi dell'inclusione digitale e dell'equilibrio intergenerazionale⁹⁷, i cui diritti dipenderanno, sul piano della effettività, dalla quantità e dalla qualità dei servizi che le amministrazioni saranno in grado di offrire al cittadino⁹⁸.

⁹⁵ Sul ruolo delle autonomie locali nel nuovo assetto sociale post- Covid, sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Il ruolo degli enti locali per lo sviluppo del territorio, nell'era della “Ripresa” e “Resilienza”: verso nuovi assetti istituzionali?*, cit.

⁹⁶ A. ROMANO TASSONE, *Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2002, 269 e ss.; C.E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 481 e ss., secondo cui il concetto di cittadinanza amministrativa si riflette sul piano dei compiti dell'amministrazione, e più specificamente di quella locale in base al nuovo quadro costituzionale, nel dovere di realizzare il benessere della società attraverso l'erogazione di prestazioni che rispondano ad un elevato livello di qualità, secondo le indicazioni contenute nell'art. 112 del T.U.EE.LL., ove è stabilito che «gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali». V., altresì, R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 201 ss. Più di recente, G. ARENA, *La cittadinanza amministrativa. Una nuova prospettiva per la partecipazione*, in *Joacaba*, 2010, 522-529, che ricostruisce il concetto di “cittadinanza amministrativa” come il «rapporto tra l'individuo e l'amministrazione di cui l'ordine politico-giuridico si avvale per la realizzazione delle proprie finalità». In particolare, secondo l'a. le modalità con cui i cittadini possono essere una risorsa per le amministrazioni variano molto fra di loro, ma quella più significativa, che ribalta il paradigma bipolare secondo cui spetta all'amministrazione pubblica prendersi cura dell'interesse pubblico generale, sembra essere racchiusa nell'art. 118 Cost. Sempre ad avviso di Arena, l'idea che i cittadini possano essere una risorsa per le amministrazioni «rappresenta il punto di arrivo di un'evoluzione nei rapporti fra amministrazioni e cittadini iniziata nei primi anni novanta (...) e culminata nell'introduzione nella Costituzione Italiana del principio di sussidiarietà orizzontale».

⁹⁷ Sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Il ruolo degli enti locali per lo sviluppo del territorio, nell'era della “Ripresa” e “Resilienza”: verso nuovi assetti istituzionali?*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 1/2021, 139 ss.

⁹⁸ G. PASTORI, *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, in *Scritti Scel-*

In tal senso, appare rilevante quanto previsto dalla missione 5 del PNRR, rubricata “*inclusione e coesione*”, che fa leva su tre componenti: a) politiche per il lavoro; b) infrastrutture sociali, famiglie, comunità e Terzo Settore; c) interventi speciali per la coesione territoriale.

La previsione in commento, specialmente per ciò che concerne le infrastrutture sociali, le famiglie e il terzo settore, nonché la coesione territoriale, sembra ribadire i concetti di solidarietà e di inclusione sociale che caratterizzano l’azione del Terzo Settore – e, dunque, del volontariato – facendo venire in rilievo l’essenzialità degli stessi in ambito assistenziale.

Il Piano prende, dunque, atto della necessità di sostenere, mediante misure concrete ed adeguate, il Terzo Settore e la cittadinanza attiva, al fine di implementare l’erogazione dei servizi sociali territoriali, sul presupposto che gli enti di volontariato o i cittadini singolarmente siano in grado di intercettare, capillarmente, i bisogni del territorio.

Gli strumenti della co-progettazione e della co-programmazione, in tale ottica, sono destinati ad essere innovati, per diventare uno dei principali strumenti di cooperazione tra enti *non profit* e istituzioni pubbliche.

Il Terzo Settore viene, inoltre, citato anche nel secondo ambito di intervento della misura 5, con riferimento ai Piani Urbani integrati, in cui è previsto che gli interventi individuati per la riqualificazione delle periferie delle Città Metropolitane e quelli di pianificazione urbanistica partecipata “*potranno anche avvalersi della coprogettazione con il Terzo Settore ai sensi dell’art. 55 decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 117*”.

Tali riflessioni, poi, potrebbero essere foriere di ulteriori sviluppi se collegate al tema del rapporto tra Stato e mercato, che, secondo un recente studio di Raghuram Rajan, andrebbe reinterpretato sulla base di un nuovo equilibrio fondato sulla valorizzazione di un “terzo pilastro”: la comunità locale⁹⁹. Secondo tale approccio, infatti, lo Stato dovrebbe promuovere una più ampia capacità di autodeterminazione delle comunità locali e al tempo stesso rafforzare il suo ruolo di governo nazionale, per farle convergere nell’ambito di una strategia nazionale unitaria, sul piano dei diritti fondamentali e dell’uguaglianza sociale¹⁰⁰. È la comunità costituita sulla vi-

ti, Napoli 2010, 900, secondo cui la configurazione dell’attività amministrativa basata sulle finalità di pubblico interesse perseguite implica che rispetto ad essa corrispondono «posizioni giuridiche soggettive non più distinguibili come diritti ed interessi legittimi, ma solo come pretese sostanziali o procedurali costituenti altrettanti diritti».

⁹⁹ R. RAJAN, *Il terzo pilastro. La comunità dimenticata da Stato e mercati*, Milano 2019, si esprime a favore del rafforzamento del potere e della vitalità delle comunità locali come antidoto alla disperazione e al malcontento crescenti.

¹⁰⁰ R. RAJAN, *op. cit.*, ritiene, infatti, la “decentralizzazione” dei poteri alle comunità,

cinanza fisica, infatti, che favorisce la sperimentazione di nuove *governance* economiche e politiche, replicabili su tutto il territorio nazionale.

7. *Brevi riflessioni conclusive*

Le riflessioni appena accennate inducono a ritenere che sia le fonti nazionali che quelle sovranazionali, contengono, come si è visto attraverso la lente delle pronunce della Corte costituzionale e della Corte europea, indicazioni sufficienti per inquadrare il tema dell'equilibrio intergenerazionale in termini di giustizia sociale e di equa distribuzione dei costi, che il risparmio posto a favore delle generazioni future comporta.

Ciò dimostra, perciò, che non può esserci tutela migliore per le future generazioni se non quella di riuscire già nel presente, già da oggi, ad assicurare una reale e concreta effettività del diritto di ogni individuo alla pari dignità sociale.

In questa prospettiva, la responsabilità intergenerazionale si sostanzia, innanzitutto, nell'obbligo di garantire quelle misure di protezione sociale, volte a ridurre i divari esistenti e a contrastare la povertà. Tali misure costituiranno, perciò, il contenuto essenziale della programmazione finanziaria, che, come si è visto, sarà sempre più vincolata dagli indicatori di benessere, equo e sostenibile, a orientare l'allocazione delle risorse ad obiettivi coerenti con i bisogni della collettività e con la pretesa ad un miglioramento della qualità dei servizi¹⁰¹.

In quest'ottica, l'opportunità di configurare la programmazione del ciclo di bilancio, in funzione degli obiettivi di un benessere sociale, equo e sostenibile, pone, come si è visto, le premesse per un ripensamento del ruolo dello Stato nella realizzazione del disegno personalistico, che la Costituzione affida ai pubblici poteri.

Un ruolo che necessita di un cambio di paradigma nel modello organizzativo, che muove verso un maggiore e migliore coinvolgimento della società e del mercato, per attuare quegli obiettivi, individuati attraverso gli indicatori del *BES*, funzionali a ridurre le disuguaglianze sociali.

Un modello che «ponendosi in alternativa a quello del mercato, si fonda sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbli-

costituisce una risposta necessaria al tema dei nuovi equilibri che la rivoluzione tecnologica impone alla società, soprattutto per continuare ad esprimere la nostra umanità e affrontare i timori derivanti dal processo di automazione del lavoro che scaturisce dalle ICT.

¹⁰¹ Cfr. Art. 5, d.lgs. n. 150/2009.

che e private per la programmazione di servizi e di interventi in materia di coesione e di protezione sociale, al di là della logica dello scambio utilitaristico»¹⁰².

La possibilità di affrontare la spesa sociale, senza accollare debiti alle future generazioni, potrebbe, perciò, trovare in questo paradigma organizzativo un punto di riferimento di sicuro rilievo che, oggi, può avvalersi, attraverso gli indicatori di benessere sociale equo e sostenibile (BES), di un processo decisionale funzionalizzato, e perciò vincolato, alla riduzione degli attuali divari sociali e al contrasto della povertà¹⁰³.

Sì che, se da un lato la programmazione del ciclo di bilancio non potrà prescindere da tali indicatori, nella scelta degli obiettivi e della allocazione delle risorse¹⁰⁴, dall'altro lato, eventuali limiti finanziari spingeranno le amministrazioni a riorganizzare i servizi sociali, partendo dai bisogni dei soggetti più vulnerabili e fragili¹⁰⁵, avvalendosi del contributo della società e del mercato.

L'attuazione di tale modello costituisce, infatti, per le ragioni prima evidenziate, l'unica strada possibile per coniugare la responsabilità intergenerazionale, oggi, oltretutto, espressamente contemplata dalla Costituzione tra le funzioni ascritte allo Stato¹⁰⁶, con la solidarietà intragenerazionale, che rimane un principio cardine dell'impianto costituzionale per la promozione della persona, nell'ottica di una società più giusta ed equa.

¹⁰² C. FRANCHINI, *op. cit.*, 205. In tal senso, anche C. Cost., sent. n. 131/2020, cit.

¹⁰³ Si è osservato che nel quadro giuridico costituzionale il contrasto alla povertà è oggetto di politiche pubbliche doverose ed ineludibili. In tal senso, V. CERULLI IRELLI, *La lotta alla povertà*, cit., il quale evidenzia il riferimento specifico di talune norme all'obbligo dello Stato di prevedere misure di protezione specifiche, come, ad esempio, l'art. 32, che tutela il diritto alla salute obbligando "la Repubblica di garantire cure gratuite agli indigenti"; oppure l'art. 38, che nell'ambito delle politiche di assistenza, prevede che il cittadino che sia inabile al lavoro e sprovvisto di mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale; l'art. 34 che garantisce il diritto allo studio anche a chi è sprovvisto di mezzi.

¹⁰⁴ Per una riflessione svolta sotto il profilo del sistema tributario, v. A.F. URICCHIO, *Il costo dei diritti tra controllo del debito, strumenti di finanza straordinaria e windfall taxes*, in *Riv. it. dir. fin.* 1/2018, il quale propone il ricorso ad entrate *windfall* come strategia preferibile a quella di finanziare in disavanzo la spesa corrente, con contestuale ricorso al debito.

¹⁰⁵ In tal senso G. BERTI, *La Pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968, il quale, ravvisando l'esigenza di valorizzare "i fenomeni di vita sociale", ripensava in chiave dinamica l'organizzazione amministrativa e, nel fare questo, individuava proprio nel procedimento la sede di bilanciamento degli interessi pubblici e privati nell'ottica "della garanzia dei diritti individuali nei confronti dell'amministrazione".

¹⁰⁶ Cfr. art. 9, Cost., nella versione modificata dal disegno di legge costituzionale, approvato l'8 febbraio 2022.

NUOVI PERCORSI DI IBRIDAZIONE
FRA PUBBLICO E PRIVATO:
DAI MODELLI ORGANIZZATIVI EX D.LGS. N. 231/2001
AI PIANI PER LA PREVENZIONE
DELLA CORRUZIONE NELLA PA

SOMMARIO: 1. La prevenzione del rischio corruzione nella pubblica amministrazione e negli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001: le ragioni di un'indagine comparata fra i due modelli. – 2. La responsabilità da reato degli enti privati *ex* d.lgs. n. 231/2001: la rilevanza dei modelli organizzativi. – 3. Dalla repressione alla prevenzione del rischio di reato: una logica comune in contesti eterogenei. – 4. Strumenti di gestione del rischio corruzione: l'implementazione della metodologia aziendalistica del c.d. *risk management* nella p.a. – 5. *Segue*. La costruzione dei Modelli 231 e dei PTPCT. Indicazioni metodologiche. – 6. *Segue*. La simmetria esistente fra Modelli 231 e PTPCT. Effetti dell'implementazione della logica aziendalistica del c.d. *risk management* sul sistema di pianificazione organizzativa della p.a. – 7. Il valore aggiunto alla pianificazione: la mappatura dei processi organizzativi negli enti privati e nella p.a. Riflessi sulla natura giuridica del piano. – 8. L'identificazione dei presidi di responsabilità interni: dalla cogenza della regola di condotta auto-normata dall'ente alla responsabilità per colpa da cattiva organizzazione. – 9. La valorizzazione dei c.d. flussi informativi a garanzia della trasparenza. – 10. Le aree di sovrapposizione normativa fra le due discipline e l'integrazione fra i due modelli. Profili di complessità e di criticità. – 11. Dal PNA al Piano Integrato di Attività e Organizzazione (c.d. PIAO): una prospettiva in divenire. – 12. La centralità della pianificazione organizzativa in nome dell'etica della legalità.

1. *La prevenzione del rischio corruzione nella pubblica amministrazione e negli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001: le ragioni di un'indagine comparata fra i due modelli*

L'esigenza di favorire il radicamento dell'etica della legalità nella conduzione dell'attività d'impresa e, al contempo, nel sistema istituzionale complessivamente considerato, ha portato il legislatore, nel corso degli ultimi vent'anni, a mettere in piedi un pervasivo sistema di prevenzione del rischio di reato basato sulla logica della pianificazione organizzativa e della trasparenza.

Nel presente lavoro s'intende condurre un'analisi comparata fra la disciplina della responsabilità da reato delle persone giuridiche, di cui al d.lgs. n. 231/2001, e la normativa declinata in materia di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione di cui alla l. n. 190/2012¹, con lo scopo di dimostrare la forte convergenza esistente fra i c.d. modelli 231 di prevenzione del reato e i piani triennali di prevenzione della corruzione nella p.a. e, di conseguenza, la rilevanza del momento della pianificazione organizzativa.

Sebbene le due discipline presentino rilevanti differenze, quanto alla finalità perseguita, al bene giuridico tutelato e alla configurazione stessa della fattispecie giuridica, dunque, della responsabilità dell'ente e dei singoli che nell'ente o per l'ente agiscono, si cercherà di dimostrare come, in nome dell'etica della legalità, si assista a una trascinazione² di regole e principi³ dal settore pubblico a quello privato, da cui deriva una vera e propria con-fusione di modelli organizzativi.

Inoltre, addentrandosi nell'analisi comparata fra i due modelli e nello studio delle due materie, si giungerà altresì a dimostrare che proprio la valorizzazione della logica della prevenzione mediante la buona organizzazione porti a rivalutare fortemente il momento della pianificazione organizzativa, sia negli enti pubblici sia in quelli privati, divenendo essa assolutamente centrale per garantire forme più efficienti della funzione, o più in generale, dell'attività degli enti, a beneficio dell'intera collettività.

Più in particolare, l'indagine si focalizzerà sulla prevenzione e gestione del rischio corruzione nella pubblica amministrazione e negli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001, non solo perché questa è l'area di interferenza e,

¹ È ben noto che la L. n. 190/2012 (c.d. Legge Anticorruzione) ha posto per la prima volta, nel nostro ordinamento, una disciplina organica in materia di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, in attuazione dell'art. 6 della Convenzione ONU contro la corruzione (c.d. Convenzione Merida), nonché degli artt. 20 e 21 della Convenzione Penale sulla Corruzione, predisposta nell'ambito del Consiglio di Europa e sottoscritta a Strasburgo nel 1999, individuando nell'Autorità nazionale anticorruzione (oggi ANAC, ex CIVIT) l'organo indipendente deputato allo svolgimento di tali compiti di prevenzione. B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2013, 123 ss.; R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013.

² Così A. BARONE, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, Bari, 2013, in particolare 35 ss. Più in generale sul tema si veda: S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2001, 601 ss.

³ AA.VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), Milano 2012; AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, M.A. SANDULLI (a cura di), 2^a ed., Milano 2017; AA.VV., *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 3^a ed., Milano 2020.

in alcuni casi, come si dirà, di vera e propria sovrapposizione normativa fra le due discipline, proprio perché trattasi di ambito oggettivo di applicazione comune ad entrambe, bensì perché la diffusione della cultura della legalità nel tessuto imprenditoriale sembra passare proprio attraverso la prevenzione di fenomeni di corruzione⁴.

Sono noti, infatti, gli studi che hanno dimostrato come i Paesi con maggiori flussi d'investimento all'estero siano in grado di esportare, ciascuno in diverso modo e con diversa intensità, corruzione nei mercati in cui operano le proprie imprese nazionali⁵.

Al contempo, è oramai ampiamente dimostrato l'effetto negativo del malgoverno amministrativo sull'economia⁶; inoltre, sempre più nitide appaiono le conseguenze che comportamenti corrotti o privi d'integrità amministrativa hanno sulla coesione sociale e sulla sicurezza (pubblica) sostenibile⁷, concetto quest'ultimo ormai da tempo inteso non più secondo il rigore della tradizionale concezione di derivazione liberale⁸, bensì nella più moderna accezione del concetto stesso di sovranità⁹, quale funzionalizzazione dell'autorità ai diritti della persona¹⁰.

⁴ Sull'interazione fra etica e mercato: C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.

⁵ Si allude agli studi condotti da Gallup International per conto di *Transparency international* e, in particolare ai risultati derivati dall'applicazione del Bribe Payers Index (BPI). Sui temi: F. CENTONZE, V. DELL'OSSO, *La corruzione internazionale. Profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1/2013, 195 ss.

⁶ Sia sufficiente leggere il rapporto *Doing Business* nell'Unione Europea 2020, Italia, redatto dalla Banca Mondiale e dalla Banca Internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo, consultabile al sito www.doingbusiness.org; nonché le Relazioni del 2014 della Commissione Europea al Consiglio e al Parlamento Europeo sulla lotta alla corruzione (COM/2014/038), nonché i lavori della Commissione in occasione del Semestre Europeo per la lotta contro la corruzione, svolti nel 2018 e consultabili al sito ec.europa.eu e, ancora lo studio: Italia interrotta: Il peso della corruzione sulla crescita economica, giugno 2018, al sito www.astrid-online.it. Si veda altresì la sezione dedicata al tema: *L'impatto economico della corruzione*, in *Corruzione e pubblica amministrazione*, M. D'ALBERTI (a cura di), Napoli, 2017.

⁷ A. BARONE, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, cit.

⁸ V. OTTAVIANO, *Cittadino e amministrazione nella concezione liberale*, in *Studi in onore di Giuseppe Auletta*, Milano, 1988, ora in Id., *Scritti giuridici*, Milano 1992; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna 1971; B.G. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2006, 909 ss. che si sofferma sull'esistenza di una dimensione garantista, oltre che autoritativa, del diritto amministrativo; A. BARONE, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, cit.; AA.VV., *Al di là del nesso fra autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, S. PERONGINI (a cura di), Torino 2017.

⁹ Sulla fragilità del concetto stesso di sovranità: L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessioni sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Catanzaro 2021.

¹⁰ *Disuguaglianze territoriali insostenibili e doveri perequativi inderogabili*, studio

D'altro canto, però, non si può oramai trascurare che la sostenibilità dell'intervento pubblico nel mercato è interdipendente dalla qualità delle attività amministrative svolte da soggetti privati, ai sensi dell'art. 1, comma 1-ter, della L. n. 241/1990, ma ancor più dalla qualità delle attività d'interesse generale rese dai medesimi soggetti¹¹, chiamati ad operare nel settore pubblico in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118, comma 4, Cost.¹², principio, indirettamente rimarcato da quello di leale collaborazione, cui debbono essere improntati i rapporti fra cittadino e amministrazione, ai sensi dell'art. 1, comma 2-bis, della legge n. 241/1990.

Infatti, accanto al modello di amministrazione al servizio della collettività¹³, chiamata a produrre servizi, giuridici e materiali, necessari a garantire uno sviluppo – oggi dovrebbe dirsi – intergenerazionale sostenibile¹⁴, si va rafforzando un modello di amministrazione condivisa fra pubblico e privato¹⁵, nei settori più disparati, da quello sani-

pubblicato dai Direttori della rivista P.A. – Persona e amministrazione in occasione del Forum AIPDA *Next Generation UE*, consultabile al sito www.aipda.it.

¹¹ AA.VV., *L'intervento pubblico nell'economia*, M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), Firenze 2016; S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, Roma 2019.

¹² V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà orizzontale* (voce), in *Enciclopedia Giuridica Trecani*, Vol. XII, (aggiornamento), Roma, 2004; E. ZAMPETTI, *Riflessioni in tema di soggettività e attività amministrativa di diritto privato e principio di sussidiarietà orizzontale*, in P.A. – Persona e amministrazione, 2/2019, 339 ss.; A. MALTONI, *Condizioni che consentono di "equiparare" un'organizzazione privata a un'organizzazione pubblica nell'esercizio di funzioni amministrative e condizioni etero-imposte da cui conseguono effetti conformativi dell'organizzazione di enti privati per la salvaguardia d'interessi pubblici "essenziali"*, in P.A. – Persona e amministrazione, 1/2020, 161 ss.

¹³ C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli 2021.

¹⁴ M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, in PA Persona e Amministrazione, 2/2020, 523 ss. Sul concetto di doveri intergenerazionali, funzionali allo sviluppo sostenibile, con particolare riferimento alla tutela dell'ambiente, cfr.: P. PANTALONE (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per gli Stati, imprese e individui*, Atti di Convegno, Università degli studi di Milano, 7 ottobre 2021, in *Il diritto dell'economia*, n. monografico, 1/2022.

¹⁵ G. ARENA, *Introduzione ai modelli di amministrazione condivisa*, 1997; ID., *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in Riv. Trim. dir. pubbl., 1/2017, 43 ss.; ID., *L'amministrazione condivisa e i suoi sviluppi nel rapporto con i cittadini ed enti del terzo settore*, nota a sentenza a Corte Costituzionale, 26 giugno 2020, n. 131, in *Giur. Cost.*, 3/2020, 1449-1457; C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, cit.; M. BOMBARDELLI, *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi: nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, 2016, C. TUBERTINI, *Sviluppare l'amministrazione condivisa attraverso i principi di sussidiarietà (verticale) e leale collaborazione: riflessioni e proposte*, in *Istituzioni del federalismo*, 4/2019, 971-994.

tario¹⁶ a quello prettamente economico¹⁷. Questo modello di co-amministrazione o di coordinamento fra pubblico e privato, valido in particolare nell'esercizio di attività private d'interesse generale, chiede al privato un notevole sforzo in termini di auto-responsabilizzazione che, come noto, gli impone il doveroso rispetto dei criteri e dei principi che governano la funzione amministrativa nell'esercizio della propria attività.

Se tuttavia è pacifico e comprensibile che il rispetto della logica della sussidiarietà orizzontale o, più in generale, l'attuazione di forme d'interazione fra diritto pubblico e privato portino, inevitabilmente, a una torsione o conformazione dell'organizzazione e dell'esercizio dell'attività dei soggetti di natura giuridica privata, in nome del perseguimento dell'interesse pubblico¹⁸, con particolare riferimento al fenomeno della prevenzione del rischio corruzione nell'esercizio dell'attività economica privata, il perseguimento di un interesse generale, ossia il contrasto a fenomeni di corruzione attraverso l'implementazione dell'etica della legalità d'impresa, ha – come si cercherà di dimostrare – riflessi di non poco momento sull'organizzazione aziendale.

E invero – lo si anticipa – l'applicazione e la corretta attuazione della disciplina di cui al d.lgs. n. 231/01, da parte degli enti privati che ne sono destinatari, in determinate ipotesi, si sostanzia in una vera e propria chiamata in corresponsabilità dei medesimi soggetti nella prevenzione e gestione del rischio di reato, in particolare quello di corruzione.

2. *La responsabilità da reato degli enti privati ex d.lgs. n. 231/2001: la rilevanza dei modelli organizzativi*

Prima di addentrarsi nella presente analisi, da condurre in chiave

¹⁶ M.A. SANDULLI, *L'assistenza domiciliare integrata. Esperienze, problemi e prospettive*, Napoli 2021.

¹⁷ Basti pensare, a tal proposito, alle nuove questioni che si stanno affacciando nel panorama giuridico non solo nazionale ma anche europeo, in materia di vigilanza bancaria. Sui temi, su cui non è possibile soffermarsi in questa sede, cfr.: M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'Unione bancaria Europea*, Pisa 2016; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino 2018; A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Trento 2020.

¹⁸ A. MALTONI, *Condizioni che consentono di "equiparare" un'organizzazione privata a un'organizzazione pubblica nell'esercizio di funzioni amministrative e condizioni etero-imposte da cui conseguono effetti conformativi dell'organizzazione di enti privati per la salvaguardia d'interessi pubblici "essenziali"*, cit.

comparata fra i due sistemi presi a riferimento, si ritiene opportuno descrivere, seppur succintamente, la disciplina della responsabilità degli enti, di cui al d.lgs. n. 231/2001, al fine di tratteggiarne gli elementi caratterizzanti che torneranno poi utili nel prosieguo della trattazione per delineare profili distintivi, ma anche assonanze, rispetto alla disciplina della prevenzione della corruzione nella p.a.

Come noto, il D. Lgs. n. 231/2001, recante la “*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*”, ha introdotto nel nostro ordinamento la responsabilità amministrativa degli enti per i reati commessi, nel loro interesse o vantaggio, da soggetti che rivestono una posizione apicale nella struttura dell’ente o da soggetti sottoposti all’altrui direzione e vigilanza, superando così l’antico dogma per cui *societas delinquere non potest*¹⁹.

La riforma è stata adottata in esecuzione di disposizioni sovranazionali, fra cui possono ricordarsi: la Convenzione sulla tutela finanziaria delle Comunità europee, sottoscritta a Bruxelles il 26 luglio 1995; la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea, firmata a Bruxelles il 26 maggio 1997; la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, sottoscritta a Parigi il 17 settembre 1997.

L’introduzione della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ha rappresentato una delle più significative riforme degli ultimi

¹⁹ C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. tim. dir. pen. economia*, 2002, 589-590; D. PULITANO, *La responsabilità “da reato” degli enti nell’ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2006, Id., *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche* (voce), in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, VI, Milano 2002; G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 447 ss.; A. FIORELLA – G. LANCELOTTI, *La responsabilità d’impresa per i fatti di reato*, Torino 2004; AA.VV., *Responsabilità penale delle persone giuridiche. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, A. GIARDA, E.M. MANCUSO – G. SPANGHER – G. VARRASO (a cura di), Milano, 2007; A. DI AMATO, A. D’AVIRRO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell’impresa. La responsabilità da reato degli enti*, Padova 2009; G. FORTI, *Uno sguardo ai piani nobili del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 1249 ss.; G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d’imputazione*, in *diritto penale contemporaneo*, 2012; A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità aggregata del fatto. Verso una responsabilità da reato dell’ente compiutamente personale*, in *diritto penale contemporaneo*, 2014; F. CENTONZE, M. MANTOVANI, *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna 2016; A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano 2018.

anni, avendo imposto agli stati aderenti all'Unione Europea e, pertanto, anche all'Italia, l'assunzione di omogenei mezzi di repressione e prevenzione della criminalità nel settore economico.

La necessità di tutelare e garantire la sicurezza di un mercato aperto e concorrenziale, un mercato che ha assunto ormai le caratteristiche di un mercato globale che supera i confini e i particolarismi dei singoli Stati, ha spinto la comunità internazionale, da un lato, a cercare di creare un sistema sanzionatorio delle condotte illecite omogeneo, dall'altro, a individuare specifiche responsabilità in capo alle imprese che, vere protagoniste dei traffici internazionali, hanno assunto strutture sempre più complesse per dimensioni e organizzazione.

Il coinvolgimento delle persone giuridiche, sia nella politica di prevenzione, sia nella responsabilità per le condotte dei singoli soggetti facenti parte della loro organizzazione, è sembrata essere una tappa necessaria per garantire una generale correttezza, o meglio, legalità diffusa ed eticità del e nel mercato. E invero, la responsabilità della *societas* si sostanzia in una responsabilità diretta, autonoma ed eventualmente concorrente con quella dell'autore (o degli autori) dell'illecito (art. 8 d.lgs. n. 231/01).

Non a caso, nella costruzione dell'impianto normativo di cui al D.lgs. n. 231/2001 e, più specificatamente della responsabilità dell'ente, il legislatore sembra essere mosso dalla consapevolezza che il reato d'impresa affondi le proprie radici in strutture organizzative complesse; pertanto, l'obiettivo principale che si pone è quello di implementare l'adozione di regole di comportamento che orientino l'agire degli enti collettivi verso la prevenzione ragionevole del rischio-reato e, dunque, in direzione della legalità²⁰.

Il modello di responsabilità di cui al d.lgs. n. 231/2001 è, infatti, basato su un sistema di colpevolezza da organizzazione che s'ispira al modello statunitense dei *compliance programs*, ideato e messo a punto nelle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*, in vigore sin dal 1991²¹.

Gli enti, infatti, per fugare il rischio d'incorrere in responsabilità amministrativa da reato, sono chiamati a elaborare dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo del rischio (si veda l'art. 6 d.lgs. n.

²⁰ Così specificatamente: C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001)*, in *Cass. Pen.*, 1/2013, 376 ss.

²¹ G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli Enti: natura giuridica e criteri oggettivi d'imputazione*, cit.

231/2001), individuando dapprima i possibili reati, fra quelli elencati nel d.lgs. n. 231/2001, cui l'ente potrebbe essere effettivamente esposto e, di conseguenza, a mappare le attività e i processi aziendali specificatamente interessati dal fattore di rischio.

Più chiaramente: il d.lgs. n. 231/2001, all'art. 6, comma 2, lett. b), dispone che il Modello di organizzazione, gestione e controllo (c.d. Modello 231), debba prevedere specifici protocolli di condotta diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente, in relazione ai reati da prevenire.

I modelli 231, infatti, constano di una parte generale e di una parte speciale.

Nella parte generale deve essere inquadrato l'assetto organizzativo dell'ente, devono essere identificati i rischi di reato cui la *societas* è esposta e, quindi, devono essere approntate adeguate strategie per prevenirli; inoltre, deve essere individuato anche un Organismo di vigilanza, preferibilmente composto da soggetti esterni all'ente, cui compete il controllo sulla corretta attuazione del modello e il monitoraggio sulla perdurante adeguatezza del medesimo. Di poi, di non secondaria importanza, nella medesima sezione generale del Modello 231 deve essere declinato anche il codice etico aziendale da cui traspaia la volontà e l'importanza per l'ente, di agire nel rispetto dei principi dell'etica e della legalità.

La parte speciale, invece, è il cuore pulsante del modello. Essa racchiude i c.d. protocolli di condotta che consistono nella mappatura delle attività e dei processi aziendali potenzialmente esposti a rischio rischio-reato.

Attraverso i protocolli di condotta, infatti, l'ente è chiamato e declinare e a descrivere, per ogni singola area a rischio-reato, previamente individuato, i processi decisionali interni all'ente medesimo, attraverso un vero e proprio sequenziamento di attività, funzioni e competenze, rispondente al c.d. principio della segregazione dei centri decisionali²².

Ciò porta a ritenere che nei protocolli di condotta si assista a una sorta di proceduralizzazione dell'attività e del sistema decisionale interno alla *societas*²³.

Pertanto, partendo dal presupposto che per gli enti l'autoregolazione societaria sia la forma più efficiente di regolamentazione²⁴, si impone agli

²² A. DE VIVO, *Il professionista e il D.lgs. 231/2001*, Milano 2020; A. PESENATO, E. PESENATO, *Organismo di vigilanza (ex D.lgs. n. 231/2001)*, Milano 2021.

²³ Sul punto si tornerà oltre, nel § 7.

²⁴ G. BOSI, *Autoregolazione societaria*, Milano 2009.

stessi l'adozione di codici di autodisciplina, ossia codici di comportamento e di condotta, che si inverano in modelli di organizzazione, gestione e controllo del rischio – reato, finalizzati a prevenire il verificarsi delle condizioni di cui agli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001, che consentono d'imputare direttamente il reato presupposto, commesso o anche solo tentato da soggetti appartenenti all'ente, in capo alla *societas*.

E invero, diversi sono i criteri d'imputazione della responsabilità all'ente, a seconda che il reato presupposto sia commesso, o anche solo tentato, da un soggetto apicale, oppure da un soggetto dipendente o comunque sottoposto all'altrui vigilanza.

Mentre in quest'ultimo caso, per andare esente da responsabilità, sarà sufficiente per l'ente dimostrare o di aver adottato il proprio modello di organizzazione e gestione del rischio di reato, gravando invece sulla pubblica accusa la dimostrazione dell'inadeguatezza del modello, sindacato – come si vedrà – di non semplice attuazione, oppure, dimostrare che la commissione del reato sia avvenuta per inosservanza di obblighi di direzione o di vigilanza, nella seconda ipotesi il meccanismo di ascrizione della responsabilità è più complesso, in quanto, opera la teoria dell'identificazione dell'ente con il soggetto apicale che per esso ha agito²⁵. In questa seconda ipotesi, infatti, è prevista una inversione dell'onere della prova a carico dell'ente che non solo dovrà dimostrare di aver adottato e correttamente attuato un modello organizzativo idoneo a prevenire il reato della specie di quello concretamente verificatosi, bensì, per di più, dovrà dimostrare che il soggetto apicale abbia eluso fraudolentemente il modello di organizzazione e gestione, previamente adottato.

È evidente che i modelli di organizzazione, gestione e controllo del rischio reato assolvono, essenzialmente una funzione esimente, impedendo che all'ente possa rimproverarsi un illecito commesso da un soggetto formalmente deputato a incarnare la politica d'impresa²⁶.

Infatti, solo la predisposizione di effettivi programmi di prevenzione e riduzione del rischio reato può determinare la dissociazione tra la responsabilità della persona fisica e quella dell'ente collettivo nel cui interesse la prima ha agito.

²⁵ Concetto questo, come si noterà, molto vicino a quello noto nell'ordinamento amministrativo dell'immedesimazione organica. Sul punto cfr: C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001)*, cit., 376 ss.

²⁶ Così C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001)*, cit., in particolare 379 ss.

L'adozione dei suddetti modelli di organizzazione, gestione e controllo del rischio reato, tuttavia, non è obbligatoria per tutti gli enti privati²⁷, bensì solo per alcuni di essi, in particolare per quelli che svolgono attività d'interesse generale, specie nel settore sanitario, per i quali, come si vedrà, sussistono profili d'interazione normativa con la disciplina di cui alla l. n. 190/2012.

L'adozione dei suddetti modelli, dunque – a differenza di quanto accade per i piani di prevenzione della corruzione – è generalmente espressione di una scelta opzionale, volontaria, dell'impresa che decide di aderire, spontaneamente, alle prescrizioni di cui al d.lgs. n. 231/01.

Tale scelta, però, sebbene volontaria, è certamente dettata da una valutazione di convenienza operata dall'impresa. Infatti, deve ritenersi, che l'incentivo – appetibile per vero – posto dalla richiamata disciplina, sia quello di spronare gli enti a dotarsi di modelli organizzativi interni in grado di prevenire le condotte delittuose così da fugare il rischio d'inveramento della responsabilità amministrativa da reato; responsabilità, lo si è detto, essenzialmente legata alla sussistenza di una colpa da (cattiva) organizzazione, che tali modelli mirano a prevenire.

Diversamente, nell'ipotesi in cui la società svolga attività d'interesse generale, come accade nel settore sanitario, tale scelta diviene obbligatoria²⁸, in quanto, s'impone a tali enti la contestuale adozione sia dei modelli di prevenzione del reato ex d.lgs. n. 231/01, sia del piano di prevenzione della corruzione, *ex lege* n. 190/2012.

L'effetto, in entrambi i casi, è quello di spingere verso una funzionalizzazione dell'assetto organizzativo delle persone giuridiche di diritto

²⁷ Sulla obbligatorietà o meno dei modelli di organizzazione e gestione del rischio, sembra sussistere oggi un latente contrasto in dottrina. In particolare cfr.: C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001)*, cit., in particolare 381 ss. L'A. parla espressamente di un dovere di auto-organizzazione dell'ente; D. PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche* cit.; A. BERNASCONI, *Commento sub. art 6*, in A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, C. FLORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti, Milano 2008*; N. ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2009, 187-204. Diversamente, come noto, i piani di prevenzione della corruzione sono da adottarsi obbligatoriamente, a pena di sanzioni a carico della p.a. inadempiente (art. 1, comma 8, L. 190/2012).

²⁸ L'adozione del Modello 231, ad esempio, diviene requisito obbligatorio ai fini dell'accreditamento con il servizio sanitario nazionale. Sia sufficiente la lettura del D.M. n. 70/2015, art. 1, comma 5, lett. b), che ha introdotto l'applicazione obbligatoria del d.lgs. n. 231/2001 alle strutture sanitarie private che intendono accreditarsi.

privato di cui al d.lgs. n. 231/2001, in nome del perseguimento dell'etica della legalità.

3. *Dalla repressione alla prevenzione del rischio di reato: una logica comune in contesti eterogenei*

Orbene, dall'esposizione della disciplina della responsabilità amministrativa da reato per gli enti privati, di cui al richiamato decreto legislativo, emerge un importante momento di assonanza con la disciplina in materia di prevenzione della corruzione nella p.a. di cui alla l. n. 190/2012²⁹, su cui s'intende soffermarsi nel presente lavoro. Esso è da cogliersi nella centrale rilevanza attribuita al momento della pianificazione organizzativa in chiave preventiva.

Cosa che segna un forte ravvicinamento, se non una vera e propria simmetria, fra i modelli 231 di prevenzione del rischio di reato e i piani triennali di prevenzione della corruzione, come si avrà modo di dimostrare.

Pertanto, è proprio dalla valorizzazione della logica preventiva che la presente analisi deve prendere avvio.

E invero, nonostante sia ben evidente che le due normative siano state pensate per finalità differenti e, anzi, diametralmente opposte, essendo una protesa a sanzionare un'illecita strumentalizzazione dell'attività dell'ente, o per meglio dire, il compimento di un illecito nell'interesse o a vantaggio dell'ente, l'altra, invece, come noto, a disincentivare prassi e comportamenti scorretti, forme di malcostume amministrativo e di *mala gestio* dannose per la pubblica amministrazione, non necessariamente inerentesi in fatti di reato³⁰, entrambe le discipline rispondono a una

²⁹ La simmetria evidentemente esistente fra la disciplina di cui alla legge n. 190/2012 e quella di cui al d.lgs. n. 231/2001, è stata colta sin da subito da oculata dottrina. Cfr. in particolare: B.G. MATTARELLA, *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione*, in *Percorsi Costituzionali*, 1-2/2012, 15-30; F. MERLONI, *Le misure amministrative di contrasto alla corruzione*, Relazione al 59° Convegno di Varenna, settembre 2013, leggibile al sito www.strid-online.it.

³⁰ S. CASSESE, «*Maladministration*» e rimedi, in *Il Foro it.*, 1992, 243 ss.; M. D'ALBERTI, R. FINOCCHI, *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna 1994; G. MELIS, *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, Napoli 1999; B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica politica, amministrazione*, Bologna 2007; ID., *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2013, 122 ss.; F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze-Antella 2010; F. MANGANARO, *Le corruption en Italie*, in *Ius publicum*,

logica comune e immanente, da individuarsi nella funzione preventiva del rischio di commissione del reato.

Entrambe, infatti, possono dirsi espressione di una rivoluzione culturale e normativa, operata ciascuna per il proprio campo, avendo cambiato l'approccio alla fenomenologia dei reati³¹ e, in particolare, per quel che qui rileva, al modo d'intendere il fenomeno della lotta alla corruzione.

Entrambe le discipline, privilegiando la logica preventiva rispetto a quella repressiva, hanno adottato una diversa prospettiva nella regolamentazione del fenomeno, non più calibrata sulla sanzione da irrogare *ex post*, ossia, in seguito all'avvenuto accertamento della commissione del reato, anche tentato, bensì una disciplina pensata *ante delictum*, avendo dato risalto piuttosto che alla violazione dei precetti posti dalla norma di legge, all'imposizione di un vero e proprio dovere di corretta amministrazione, obbligando l'ente, pubblico o privato che sia, all'adozione di adeguati modelli organizzativi e gestionali/funzionali, capaci d'implementare un sistema di organizzazione interna idoneo a scongiurare, efficacemente, l'inverarsi del rischio di commissione del reato.

E ciò è tanto vero sia in relazione al sistema di prevenzione del rischio corruzione nella p.a. in cui, come noto, sono attenzionati comportamenti di *maladministration* ben lontani dalla soglia di rilevanza penale del fatto, ma anche per il sistema di responsabilità degli enti di cui al d.lgs. 231/01, in cui la soglia di rilevanza penale richiesta per il reato presupposto, commesso o anche solo tentato dai componenti dell'ente, costituisce solo il fatto tipico di una distinta e complessa fattispecie normativa, che permette d'imputare all'ente la responsabilità

www.ius-publicum.it, 2014; M. D'ALBERTI, *Corruzione*, in *Enc. Ital.*, IX Appendice, 2015; AA.VV., *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, in *Atti del Convegno annuale AIPDA, 7-8 ottobre 2016*, Napoli 2016; M.G. RACCA, *Corruzione (dir. amm.)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Aggiornamento, Torino 2017, 208 ss.; S. RODOTÀ, *Il moralista militante*, Bari 2017; A. SPADARO, *Su alcuni rischi, forse mortali della democrazia costituzionale contemporanea. Prime considerazioni*, in *Rivista AIC*, 1/2017, consultabile al sito <http://www.rivistaaic.it>; M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, 61-75; F. CERIONI, V. SARCONI (a cura di), *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, Milano 2019.

³¹ Sia sufficiente pensare alle difficoltà d'inquadramento giuridico incontrate nell'ordinamento giuspubblicistico nella definizione della natura giuridica della responsabilità amministrativa degli enti e le questioni che sono state poste in relazione al principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27 Cost.* anche in ossequio all'antico e consolidato brocardo per cui *societas delinquere non potest*. Per la bibliografia si rinvia alla nota n. 19.

per mancata prevenzione del rischio di reato, commesso nel proprio interesse o a proprio vantaggio³².

E invero, tanto i piani triennali di prevenzione della corruzione quanto i c.d. modelli 231, con particolare riferimento ai c.d. protocolli di condotta che ne costituiscono il nucleo essenziale, rispondono alla logica precauzionale. Essi, si dimostrerà, hanno funzione predittiva, prognostica.

Ciò porta a sostenere che a un modello di responsabilità strutturato in chiave repressiva, da reato o, più in generale, per fatto illecito – per intenderci – si affianca la previsione di una responsabilità basata sulla formulazione di un giudizio prognostico, dunque *ex ante*, da colpa da organizzazione³³.

Sebbene quest'aspetto, come meglio si dirà, sia più evidente per la disciplina della responsabilità da reato degli enti privati, *ex artt.* 5, 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001, certamente non è secondario nella disciplina di cui alla L. n. 190/2012, che ha chiaramente strutturato l'approccio di tipo preventivo alla lotta alla corruzione attraverso misure che incidono direttamente sull'organizzazione interna della pubblica amministrazione e che spaziano dalla pianificazione organizzativa alla trasparenza amministrativa³⁴.

È noto, infatti, che il concetto amministrativo di corruzione sia da sempre stato individuato e spiegato attraverso quello di *maladministration*, sostanziandosi in un abuso di un potere pubblico per il perseguimento di interessi privati che non necessariamente si concretizza in una fattispecie di reato in danno alla pubblica amministrazione, bensì in condotte riprovevoli e, pertanto, intollerabili, perché capaci d'impattare negativamente sull'efficienza organizzativa e funzionale della pubblica amministrazione, creando incertezza sugli obiettivi³⁵, in danno alla collettività.

³² A. MEREU, *La responsabilità da reato degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità fra teoria e prassi*, in *Ind. Pen.*, 2006; N. PISANI, *La struttura dell'illecito dell'ente. Il criterio d'imputazione soggettiva del fatto commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente*, in A. DI AMATO, A. D'AVIRRO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa. La responsabilità da reato degli enti*, Padova 2009.

³³ Sulla problematicità interpretativa del concetto, soprattutto nel sistema penale, si veda: C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006; C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2018, 175 ss.

³⁴ G. GALLONE, A.G. OROFINO, *Tra misure preventive e strumenti di contrasto: la via italiana all'anticorruzione*, in *Federalismi*, 21 ottobre 2020.

³⁵ La definizione di rischio come effetto dell'incertezza sugli obiettivi si ricava dalla normativa UNI ISO 31000: 2010.

Il concetto di *maladministration*, dunque, nello scolpire, seppur in negativo, il nesso intercorrente fra imparzialità, legalità e buon andamento, rimarca l'assetto dei valori costituzionalmente posti dall'art. 97 Cost.³⁶ e pone nuovamente al centro la "questione amministrativa" come diritto alla buona amministrazione³⁷, quale pretesa al buon funzionamento della macchina pubblica, assicurato dalla adeguatezza dei mezzi rispetto al fine che s'intende perseguire³⁸ e, di conseguenza, dalla capacità amministrativa, sia organizzativa sia funzionale.

L'efficace prevenzione del rischio corruzione, sia nella pubblica amministrazione che negli enti privati, passa, dunque, inevitabilmente, attraverso l'implementazione di modelli organizzativi adeguati all'esercizio della funzione o dell'attività, in vista del legittimo perseguimento degli obiettivi preconizzati.

La simmetria evidentemente esistente fra i modelli di organizzazione adottati per la gestione del rischio corruzione nel settore pubblico e in quello privato – come si cercherà di dimostrare – pone in luce almeno tre rilevanti questioni.

La prima, preliminare, dell'esistenza di un nucleo omogeneo di regole e principi, validi sia per il settore pubblico sia per quello privato, dunque, l'esistenza di modelli concettuali comuni o interscambiabili, cosa che rende chiaramente più sfumata la contrapposizione fra pubblico e privato nella prospettiva di una accentuazione della logica inclusiva della sussidiarietà orizzontale³⁹ per il comune perseguimento di un interesse

³⁶ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Milano 1950, 280 ss.; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966, 67 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968, 81 ss.

³⁷ M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 722 ss.; S. CASSESE, *Indirizzi per la modernizzazione delle amministrazioni pubbliche*, Roma 1993; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino 2004; V. CERULLI IRELLI, *Sulla "questione amministrativa" e sulle responsabilità della dottrina*, in *Scritti per Domenico Sorace*, contributo consultabile al sito www.aipda.it; G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 611, ss.; F. FRATTINI, *L'organizzazione della Pubblica Amministrazione a supporto dello sviluppo del Paese*, Relazione al Convegno "La forma del Governo e la riforma dell'amministrazione", Roma, 21 aprile 2017, in *Rassegna parlamentare*, 2/2017, 492-500.

³⁸ M. NIGRO, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968; M.S. GIANNINI, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954.

³⁹ R. BIN, *La sussidiarietà "orizzontale": alla ricerca dei soggetti "privati"*, in *Istit. Feder.*, 1999, 5 ss.; AA.VV., *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, Atti del Convegno per il 40° della Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Ammini-

generale, qual è quello del contrasto alla corruzione, a cui istituzioni e soggetti privati sono chiamati a collaborare.

La seconda, della necessaria funzionalizzazione dei modelli organizzativi in ragione del perseguimento degli interessi da gestire o da proteggere, cosa che rende neutrale o irrilevante la natura giuridica del soggetto che pone in essere il modello organizzativo e al contempo, strumentale o funzionale il modello organizzativo adottato per il raggiungimento degli obiettivi predefiniti e, prima ancora, per la tutela degli interessi attribuiti e/o perseguiti, in uno con il soddisfacimento dell'interesse generale alla prevenzione del rischio corruzione.

La terza, della valorizzazione dei doveri (d'ufficio) gravanti sui responsabili interni di funzione e sui soggetti direttamente coinvolti nelle procedure, nella prospettiva di una maggiore personalizzazione del ruolo del funzionario-organo/dell'agente, non solo ai fini dell'imputazione della specifica responsabilità, bensì nella prospettiva di una accentuazione della protrusione diaframmatica fra ente e organo, fra società e suoi componenti, siano soggetti apicali o dipendenti, nella fase patologica dell'esercizio della funzione e/o dell'attività, inverando, i modelli organizzativi di gestione del rischio corruzione, una più netta separazione della responsabilità dell'ente da quella dell'organo, o più specificatamente del funzionario⁴⁰, e/o della società dai suoi componenti, o per lo meno, rendendola più trasparente attraverso meccanismi di tracciabilità.

4. *Strumenti di gestione del rischio corruzione: l'implementazione della metodologia aziendalistica del c.d. risk management nella p.a.*

Compresa la rilevanza e la centralità della pianificazione organizzativa ai fini della prevenzione del rischio corruzione sia per gli enti pubblici sia privati, si dimostrerà come l'attuazione dei modelli di organizzazione

strazione (Bologna, 1995), F. ROVERSI MONACO (a cura di), Rimini 1997; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà* (voce), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, cit.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2003; ID., *Cittadini attivi*, Roma – Bari, 2006; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubb.*, 1/2002, 51 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 1/2020, 3- 34.

⁴⁰ Per una revisione della c.d. teoria dell'organo: M. MONTEDURO, *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, in *PA persona e amministrazione*, 1/2021, 49 ss.

e gestione del rischio (d'ora innanzi: Modello 231) e dei piani triennali di prevenzione della corruzione risponda a principi e regole comuni.

Si assiste, infatti, a una vera e propria trascinazione di regole e principi dal settore pubblicistico a quello privatistico, e viceversa.

Con particolare riferimento alla strutturazione dei modelli di organizzazione e gestione del rischio di reato così come dei piani triennali di prevenzione della corruzione⁴¹, a dominare è la logica aziendalistica del c.d. *risk management*, oggi implementata anche nella p.a.

Ebbene, ciò emerge chiaramente dalla lettura dei PNA elaborati dal 2013 ad oggi, i quali hanno acquisito maggiore determinatezza e rigore logico nella prospettazione delle linee d'indirizzo cui le pubbliche amministrazioni sono tenute ad adeguarsi ai fini della redazione dei propri piani triennali di prevenzione della corruzione e trasparenza (d'ora innanzi PTPCT).

Più in particolare, l'allegato 1, al PNA 2019, offre con puntualità e dettaglio le indicazioni metodologiche che le pp.aa. dovrebbero seguire per la redazione dei PTPCT.

Tali indicazioni metodologiche ricalcano, pedissequamente, quelle declinate nel settore privatistico dalle associazioni di categoria ai fini della mappatura dei rischi aziendali, fra cui vi rientra, oggi, anche il rischio

⁴¹ F. MERLONI, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, in *Dir. pen. e proc.*, 8/2013, 14 ss.; R. BARTOLI, *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 1507 ss.; A. MONEA, *D. lgs. 190/2012 e d. lgs. n. 231/2001: due normative a tutela dell'integrità organizzativa. Profili di confronto*, in *Aziendaitalia – Il personale*, 2014, 330 ss.; A. ROSSI, *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico e i modelli 231 in ambito privato*, in *Dir. pen. e proc.*, 8/2013, 44 ss.; R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione ma prevenzione e continuità aziendale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, al sito www.penalecontemporaneo.it; C. TUBERTINI, *Piani di prevenzione della corruzione e organizzazione amministrativa*, in *Jusonline*, 3/2016, 143 ss.; A. HINNA, F. ROTUNDI, F. CESCHEL, *Il sistema di gestione del rischio di corruzione tra risk management e change management*, in M. NUNZIATA (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione. Rimedi preventivi e repressivi*, Roma 2017; V. SARCONI, *La pianificazione delle misure di prevenzione della corruzione e il coordinamento con la valutazione della performance*, in *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, F. CERIONI, V. SARCONI (a cura di), Milano, 2019; *ibidem*, G. CAPUTI, *Disciplina anticorruzione e modelli organizzativi ex D.lgs. n. 231/01. L'applicazione delle norme sulla prevenzione della corruzione alle società e agli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni*; R. LOMBARDI, *Compliance 231 e misure di risk management: la nouvelle vague della "regolazione responsiva" degli attori pubblici economici*, in *Dir. amm.*, 1/2019, 125 ss.; G. DI GREGORIO, *Compliance anticorruzione e modelli ex D. Lgs. n. 231/2001*, ANAC working paper n. 6, Napoli, consultabile al sito www.anticorruzione.it.

di commissione di uno (o alcuni) dei reati fra quelli tassativamente declinati nel d.lgs. n. 231/01.

E invero, bisogna innanzi tutto chiarire che la disciplina di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 offre indicazioni scarse ai fini della costruzione dei modelli di organizzazione e gestione del rischio di reato negli enti privati. Pertanto, a sopperire all'inevitabile genericità e indeterminatezza normativa, hanno provveduto le varie associazioni di categoria (fra cui, in particolare Confindustria⁴²), le quali hanno declinato le linee d'indirizzo (o linee guida) cui gli enti sono chiamati ad attenersi ai fini della redazione del proprio modello 231.

Tali linee guida s'ispirano ai principali standard internazionali di *risk management* e, come tali, sono protese a valorizzare un approccio valutativo, di tipo qualitativo e non meramente quantitativo, nell'individuazione dei fattori di rischio e nella definizione dell'impatto che i medesimi potrebbero avere sull'attività e sull'organizzazione aziendale; approccio, assolutamente innovativo per il sistema pubblicistico.

L'obiettivo che i PTPCT e, corrispettivamente, i Modelli 231 sono chiamati a perseguire è essenzialmente quello di minimizzare il rischio di verifica di un reato all'interno dell'ente, ideando un sistema di prevenzione "a misura dell'ente", che disincentivi cattive prassi o comportamenti illeciti.

I modelli 231, infatti, – come del resto si richiede per i PTPCT – ben lungi dal risolversi in un indistinto obbligo di sorveglianza e di controllo, devono tradursi in regole auto-normate dall'ente medesimo, tali da integrare un vero e proprio programma di autodisciplina finalizzato a: 1) mappare le aree esposte al rischio-reato e individuare i soggetti più esposti al rischio (soggetti apicali, middle management, dipendenti, ecc.); 2) forgiare regole cautelari orientate a ridurre il rischio-reato; 3) predisporre adeguati meccanismi di controllo sulla funzionalità del modello e sulla necessità di adeguamenti; 4) prevedere un sistema disciplinare rivolto a sanzionare i comportamenti devianti, implementato da meccanismi di scoperta/chiarimento degli illeciti⁴³.

Ne consegue che non esiste, o meglio, non dovrebbe esistere, un modello 231-tipo o un PTPCT ripetibile, generalmente valido nel tempo e nello spazio, dunque, uniforme per qualsivoglia amministrazione o ente.

⁴² Consultabili al sito www.confindustria.it

⁴³ Così, puntualmente: C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., in particolare 382 ss.; nonché C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., 173 ss.

Non a caso, nel corso di questi anni, spesso si è rimproverato alle singole amministrazioni di aver prodotto piani-fotocopia, privi di contenuti adeguati allo specifico contesto organizzativo, operativo o ambientale, che dir si voglia.

Tale precisazione pone una questione rilevante, ossia quella relativa alla natura giuridica del PNA e dei rapporti intercorrenti fra PNA e PTPCT.

In merito alla natura giuridica del PNA si concorda nel ritenere che, a discapito del *nomen iuris*, non si tratti di un atto di programmazione o pianificazione in senso stretto⁴⁴, piuttosto di un atto d'indirizzo e coordinamento⁴⁵. Tale qualificazione è data dalla legge⁴⁶.

Il PNA, infatti, non ha carattere programmatico, non pone misure di carattere organizzativo, né contiene disposizioni precettive perché non individua specifiche misure da adottare, non contiene scelte fra possibili interessi, non destina né alloca risorse finanziarie ma, semplicemente, delinea – in conformità alle disposizioni di legge, puntualmente richiamate e messe a sistema – possibili strategie operative, offre indicazioni metodologiche alle singole amministrazioni, in funzione della proposizione di un disegno unitario e sistematico, che stimoli l'esercizio di poteri decisionali coerenti da parte di quest'ultime, ma non per questo uniformi⁴⁷.

⁴⁴ M.S. GIANNINI, *Pianificazione* (voce), in *Enc. Dir.* XXXIII, Milano; I.M. MARINO, *Aspetti giuridici della programmazione*, nonché *La programmazione come sistema giuridico*, entrambi in I.M. Marino. *Scritti giuridici*, A. BARONE (a cura di), Napoli 2015; M. D'ORSOGNA, *Pianificazione e programmazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (a cura di), Milano 2006, 4298 ss.; ID., *Programmazione strategica e attività decisionale della pubblica amministrazione*, Torino 2001; P.L. PORTARULI, *Il principio di pianificazione*, in AA.VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), Milano 2012, 453 ss.; R. DI PACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, consultabile al sito www.aipda.it.

⁴⁵ Sulla natura giuridica dei PNA: S. AMOROSINO, *Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto d'indirizzo e coordinamento amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 1/2014, 21 ss.; G. GALLONE, *La prevenzione amministrativa del rischio corruzione*, cit. Più in generale, sulle linee guida ANAC come atti di coordinamento amministrativo, F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fisionomia delle linee guida: abbozzo di una traiettoria evolutiva con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici*, in *Il dir. dell'econom.*, 1/2021, 11-36. Sugli atti d'indirizzo e coordinamento: A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli 1989, 237 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2004, 118 ss.; V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 630 ss.; F. PIGA, *Coordinamento (principio del)*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma 1988, 1ss.; M. CAMMELLI, *Gli atti d'indirizzo e coordinamento con veste amministrativa*, Bologna 1985.

⁴⁶ Ex art. 1, comma 2-bis, L. n. 190/2012.

⁴⁷ S. AMOROSINO, *Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto d'indirizzo e coordinamento amministrativo*, cit.

Pertanto, deve ritenersi che sebbene il PNA si sia perfezionato nel corso del tempo e abbia acquisito maggiore determinatezza, il medesimo non comprime la discrezionalità delle amministrazioni pubbliche nella redazione del proprio piano triennale, piuttosto la incentiva, offrendo solo uniformità metodologica, necessaria a garantire coerenza e sistematicità nell'approccio decisionale che le singole amministrazioni dovranno assumere ai fini della pianificazione – questa volta da intendersi in senso stretto – della propria strategia di prevenzione del rischio corruzione, dovendo i PTPCT⁴⁸ necessariamente conformarsi ai principi di idoneità, adeguatezza e differenziazione, trattandosi di modelli da costruirsi in relazione allo specifico contesto organizzativo di riferimento.

Il PNA, dunque, ha essenzialmente una funzione strumentale, di indirizzo e coordinamento.

Il vincolo che deriva dal PNA, dunque, è un vincolo di metodo, un vincolo meramente procedurale, offrendo, alle singole amministrazioni, le linee guida per l'adozione e per la disciplina dello specifico procedimento amministrativo di pianificazione dell'organizzazione amministrativa per la prevenzione del rischio corruzione, lasciando comunque alla discrezionalità delle singole amministrazioni la scelta (ma anche l'onere) dell'identificazione delle procedure più adeguate per la gestione del rischio corruzione, l'individuazione di specifici presidi interni di responsabilità e la mappatura delle fasi attraverso cui il singolo processo decisionale a rischio si snoda, attraverso la declinazione di protocolli interni di condotta, che consentano di individuare organi e uffici specificatamente competenti.

Stessa logica e medesimi principi – come visto – valgono per gli enti privati, essendo richiesta anche per essi una customizzazione, una personalizzazione, dei modelli di gestione del rischio di reato attraverso la declinazione di specifici protocolli di condotta⁴⁹.

⁴⁸ Sulla natura giuridica e sulla funzione dei PTPCT si tornerà oltre.

⁴⁹ Ciò tuttavia pone rispetto all'ordinamento amministrativo, ben più rilevanti, anche se simili, questioni legate al fenomeno della c.d. auto-normazione delle regole cautelari o della c.d. auto-regolazione responsiva. Sui temi si tornerà oltre; ad ogni modo si vedano: C. PIERGALLINI, *Pragmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.lgs. n. 231/01)*, (Parte I), in *Cass. pen.*, 2013, 376 ss.; ID., *Pragmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.lgs. n. 231/01)*, (Parte II), in *Cass. pen.*, 2013, 842 ss.; ID., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. e proc. pen.*, 3/2015, 261 ss.; ID., *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSO-LERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISCATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema*

Se il fine, dunque, è la realizzazione di un sistema di legalità aziendale preventiva o, per le amministrazioni pubbliche, come meglio si dirà, l'esplicazione, l'evidenziazione pubblica, attraverso i piani, del consubstanziale dovere di «organizzazione dell'organizzazione»⁵⁰, in ossequio ai principi d'imparzialità e legalità, prima ancora che di buon andamento, il mezzo è dato dall'implementazione del metodo da adottare per l'acquisizione di conoscenze atte al conseguimento di un'efficace azione di gestione del rischio di reato.

5. Segue. *La costruzione dei Modelli 231 e dei PTPCT. Indicazioni metodologiche*

Come anticipato, il metodo descritto nell'allegato 1 al PNA ripercorre pedissequamente le linee guida, gli standard internazionali di *risk management* dettati per l'organizzazione aziendale e i principali *framework* di riferimento in tema di controllo interno e gestione dei rischi aziendali.

Ci si riferisce, in particolare, all'*Enterprise risk management* (ERM), rilasciato dal *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*, all'*Internal Control Integrated framework*, c.d. *CoSO Report*, nonché gli standard ISO 31000 *Risk management principles and guidelines*⁵¹. La logica precauzionale che le ispira è di tutta evidenza.

L'applicazione dei suddetti standard e delle richiamate linee guida, in passato, era meramente raccomandata; oggi invece tale metodologia è fatta propria dal PNA ed è ritenuta l'unico valido riferimento, in sostituzione alle indicazioni fornite in precedenza.

Più in particolare, si chiede all'ente, come all'amministrazione, di procedere a un'accurata analisi del contesto in cui esso opera, sia interno sia esterno, al fine di evitare una burocratizzazione degli strumenti e delle tecniche di gestione del rischio.

L'analisi del contesto esterno impone uno studio "ambientale", ossia dei possibili fattori di rischio reato provenienti dal territorio, dall'ambiente in cui l'ente opera, anche con specifico riferimento al settore di riferimento (urbanistica, contratti pubblici, sanità, etc...).

vivente" delle fonti penali, Napoli 2016, 119 ss.; R. LOMBARDI, *Compliance 231 e misure di risk management: la nouvelle vague della "regolazione responsiva" degli attori pubblici economici*, cit.

⁵⁰ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, trad. di G. Corsi, Milano 2005.

⁵¹ *La gestione del rischio aziendale*, Il Sole24ore, 2006.

L'indagine sul contesto interno, invece, impone all'ente, pubblico o privato che sia, di procedere a un'accurata rappresentazione della struttura organizzativa, identificando ruoli, compiti, funzioni e, di conseguenza specifiche responsabilità, attraverso la "mappatura" dei processi organizzativi e, dunque, decisionali dell'ente⁵².

Analizzato il contesto di riferimento, l'ente potrà procedere alla valutazione del rischio di reato. Questa fase è particolarmente delicata e centrale, posto che impone all'ente di identificare, analizzare e ponderare l'inversarsi del fattore di rischio, al fine di predisporre possibili misure correttive o preventive.

Anche in questa fase il coinvolgimento della struttura organizzativa è di fondamentale rilevanza, posto che solo un'approfondita conoscenza della realtà organizzativa consente d'identificare i fattori di rischio verosimilmente verificabili.

L'identificazione degli eventi rischiosi, infatti, sebbene condotta dai soggetti responsabili della direzione dell'ente – si pensi al Consiglio di amministrazione, all'amministratore unico, al legale rappresentante per gli enti privati, al responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza negli enti pubblici – impone il coinvolgimento di tutto il personale, le cui opinioni potranno essere raccolte mediante interviste mirate, workshop, focus di gruppo, oltre che naturalmente, attraverso le segnalazioni ricevute tramite il canale del *whistleblowing*.

Identificati i possibili eventi rischiosi, l'ente dovrà procedere all'analisi del rischio, identificando i c.d. fattori abilitanti, ossia i fattori di contesto che potrebbero agevolare comportamenti e fatti di reato. I fattori di rischio interno potrebbero essere i più disparati: rischi strutturali o operativi, strettamente legati all'assetto organizzativo dell'ente (si pensi alla carenza di trasparenza, alla scarsa competenza del personale addetto ai processi; alla mancanza di segregazione di funzioni, ossia alla concentrazione di funzioni in capo ad un unico soggetto e per periodi di tempo prolungato; commistione fra politica e amministrazione); rischi culturali (es. scarsa cultura della legalità, dell'imparzialità, della trasparenza); rischi finanziari.

Una volta identificato e analizzato il fattore di rischio, l'ente dovrà procedere alla sua ponderazione, ossia alla stima dell'esposizione a rischio, data dalla matrice della probabilità di verifica dell'evento rischioso per l'impatto negativo che il medesimo produrrebbe per l'ente.

⁵² Il tema sarà meglio approfondito nei paragrafi successivi.

Tale valutazione, però, non dovrà basarsi su criteri meramente quantitativi o numerici, bensì qualitativi, essendo richiesto all'ente di esprimere un giudizio sintetico sul grado di rischio associato alle varie attività, ai vari processi decisionali, in relazione alle misure di controllo eventualmente già esistenti, al fine di ipotizzare una possibile miglior risposta al rischio medesimo. Tale valutazione, dunque, impone un'analisi anche storica dei processi decisionali dell'ente, che possano fornire dati oggettivi a supporto del processo di *risk assessment* (si pensi, ad esempio, alla rilevazione di dati su precedenti giudiziari, su procedimenti disciplinari irrogati, segnalazioni, etc.).

Lo scopo, dunque, è quello di identificare la soglia di rischio accettabile, ossia di definire la soglia di incertezza del processo decisionale, come tale ingovernabile, reputata indifferente, o comunque di non rilevante impatto sul funzionamento dell'ente.

L'obiettivo fondamentale, dunque, dovrebbe essere quello di governare al meglio i fattori d'incertezza, al fine di ridurre il verificarsi di eventi capaci di produrre esternalità negative sull'intero sistema ordinamentale.

Ipotizzare (*rectius*, pianificare o programmare) come agire per evitare, o meglio, minimizzare l'inverarsi di un evento potenzialmente lesivo per l'ente, sia per il profilo economico sia reputazionale, diviene al contempo lo strumento più efficace per incrementare la funzionalità dell'ente medesimo.

Funzionalità che dipende dal costante monitoraggio dei meccanismi di gestione del rischio e, di conseguenza, dal periodico riesame delle misure identificate e applicate per il trattamento dei rischi medesimi, dovendo rivalutarsi costantemente le priorità d'intervento, l'efficacia e l'adeguatezza delle misure e degli strumenti di controllo predisposti, a garanzia della continuità dell'azione e dell'attività dell'ente.

I Modelli 231 e i PTPCT, dunque, devono rispondere a un approccio flessibile e contestualizzato.

Essi devono essere dotati dei requisiti di specificità e attualità, dovendo prevedere meccanismi di decisione e controllo che li rendano *ex ante* idonei a ridurre significativamente l'area del rischio di commissione di illeciti o di cattive prassi all'interno dell'ente e, allo stesso tempo, capaci di adeguarsi e di evolversi in relazione alle esigenze che gemmano dal contesto di riferimento.

Trattasi, pertanto, di strumenti di pianificazione organizzativa dinamici, che si evolvono con l'evolversi della struttura organizzativa di riferimento, in relazione al mutare o al progredire della strategia di prevenzione.

6. Segue. *La simmetria esistente fra Modelli 231 e PTPCT. Effetti dell'implementazione della logica aziendalistica del c.d. risk management sul sistema di pianificazione organizzativa della p.a.*

L'analisi sin qui condotta lascia innanzitutto trasparire la tracimazione nel settore pubblicistico delle regole manageriali e gestionali nate nel settore economico e nell'ambito privatistico, ispirate al *risk based thinking* da cui deriva una sostanziale simmetria nella costruzione dei modelli 231 e dei PTPCT.

L'identità metodologica e la comunanza dei principi che governano il sistema di prevenzione del rischio di reato mediante la pianificazione organizzativa, sia nel pubblico sia nel privato, ha come prima e diretta conseguenza un ispessimento del processo di aziendalizzazione della pubblica amministrazione attraverso un costante (e parrebbe ineludibile) rafforzamento della logica manageriale, non solo in termini di produttività, efficacia, economicità ed efficienza – parametri questi concretamente valutabili sul piano della *performance* individuale e organizzativa, come noto, naturalmente, ma anche *ope legis* connessi alla pianificazione del rischio corruzione – bensì, prima ancora, sul versante dell'*organization management*, ossia della gestione manageriale dell'organizzazione dell'amministrazione pubblica.

Ciò che è importante sottolineare, è che le tecniche d'indagine, valutazione, gestione e comunicazione del rischio hanno come obiettivo quello di stimolare il processo decisionale dell'ente in funzione dello sviluppo della qualità dei processi gestionali, dunque, dei processi organizzativi e funzionali delle p.a.

La *ratio* sottesa ai sistemi operativi di gestione dei rischi aziendali, infatti, è quella di incrementare la qualità del servizio reso dall'ente o, più in generale, dell'attività svolta e, dunque, di potenziare la capacità dell'ente di creare valore per i suoi *stakeholders*.

Tale filosofia è centrale e deve essere implementata anche per la gestione del rischio corruzione, tanto per enti pubblici che privati, perché consente un cambio di prospettiva nell'approccio alla gestione del rischio, in quanto, permette di comprendere che quest'ultima non è fine a se stessa ma risponde a una logica inclusiva, perché il dovere di un'organizzazione responsiva, funzionale alla razionalizzazione dei processi decisionali, diviene anche garanzia di effettività della cura d'interessi privati coinvolti nella funzione pubblica⁵³.

⁵³ V. OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. trim. dir.*

Il vantaggio che si ottiene da un agire organizzato, infatti, è quello di addivenire alla formazione di una meta-competenza, tale intendendosi un bagaglio di conoscenze superiori a quelle generalmente possedute dal singolo operatore, in quanto gli enti collettivi o, più in generale, le persone giuridiche organizzate, sono capaci di catalogare, raccogliere e mettere a sistema una pluralità di informazioni e di conoscenze, in grado di offrire soluzioni alternative e più efficaci al *problem solving*, nonché di meglio perseguire gli obiettivi prefissati (c.d. effetto esponenziale del fenomeno organizzativo)⁵⁴.

Diversamente, un organismo disorganizzato non solo si abbandona all'incertezza dei rischi dei processi decisionali, eventualmente minando il soddisfacimento degli obiettivi, bensì incrementa in maniera esponenziale il rischio di agire al di fuori della legalità.

Pertanto, è chiaro che la pianificazione organizzativa funzionale alla prevenzione del rischio di reato deve necessariamente essere integrata con le strategie operative dell'ente.

Il PNA, in particolare, ribadisce che deve esserci un allineamento fra obiettivi predefiniti nel piano della *performance* e le misure programmate nel PTPCT.

Inoltre – e questa è una novità metodologica importante introdotta nel PNA, su modello degli standard privatistici di *risk management* – come per i Modelli 231, anche per il PTPCT si sottolinea l'importanza di evitare l'introduzione di misure e controlli inutili o meramente formali, in quanto, prima di procedere alla redazione dei medesimi è opportuno effettuare un'analisi ricognitiva dei meccanismi di controllo già esistenti.

I Modelli 231 come i PTPCT, dunque, debbono necessariamente essere integrati con sistemi di gestione spesso già presenti all'interno dell'organizzazione dell'ente (si pensi ai controlli di gestione, al sistema di *auditing*, al sistema di gestione della qualità dei servizi resi, al sistema di *performace management*, etc.).

Nel sistema privatistico di *risk management* tale valutazione prende

pubbl., 1964; L.R. PERFETTI, *Costruire e decostruire i concetti dell'organizzazione pubblica. Ragioni di un percorso e tracce per la sua prosecuzione*, in *PA Persona e amministrazione*, 1/2021; *ibidem* M.C. CAVALLARO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: appunti sul saggio di Massimo Monteduro*; M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, in *PA Persona e amministrazione*, 2/2020.

⁵⁴ Cfr. C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., in particolare 381; V. ATTILI, *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 1247 ss.

il nome di *as is analysis*⁵⁵, che ha come obiettivo quello di fotografare “lo stato dell’arte” del sistema dei controlli interni già presenti nell’ente, al fine di evidenziarne eventuali lacune o disfunzioni, quale necessario presupposto e punto di partenza per l’implementazione delle misure ancora mancanti o necessarie ai fini della redazione del Modello 231, così da evitare inutili duplicazioni e favorire sinergie organizzative e gestionali.

Tale momento è centrale, un presupposto ineludibile ai fini della declinazione dei c.d. protocolli di condotta che, come anticipato, costituiscono il cuore pulsante della pianificazione organizzativa in chiave preventiva, ai sensi della normativa 231.

E invero, i protocolli di condotta racchiudono: 1) la mappatura delle attività a rischio-reato attraverso l’individuazione delle aree potenzialmente a rischio, ossia la descrizione dei processi decisionali interni all’ente, per ogni singola area a rischio reato previamente individuata; 2) la rilevazione e valutazione del grado di efficacia dei sistemi di controllo già esistenti; 3) l’implementazione del sistema dei controlli attraverso un meccanismo di raccordo fra Organismo di vigilanza e i c.d. responsabili interni di funzione (ossia i soggetti cui compete la responsabilità e la vigilanza sulla corretta attuazione delle singole procedure aziendali di riferimento, nonché i vertici aziendali medesimi).

Ai fini della redazione dei Modelli 231, così come dei PTPCT, pertanto, è necessario compiere uno sforzo di razionalizzazione e di sistematizzazione delle misure e dei controlli già esistenti per migliorarne l’efficacia (c.d. *gap analysis*).

Con particolare riferimento alle pp.aa., ciò porta a ritenere che il PTPCT dovrà considerarsi “il piano dei piani”, ossia quel documento programmatico⁵⁶, preliminare, di carattere ricognitivo, in cui la p.a. effettua un *check-up* sistematico e approfondito della propria struttura organizzativa e delle competenze interne, con l’obiettivo di creare un sistema organizzativo e gestionale sinergico.

Pertanto, l’insegnamento che si può trarre da questa specifica materia dell’economia aziendale – insegnamento che le amministrazioni pubbliche dovrebbero far proprio, anche in vista del processo di rigenerazione cui sono chiamate dal PNRR – è quello per cui la pianificazione organizzativa in funzione dell’efficace gestione del rischio, nel caso di specie, di

⁵⁵ A. DE VIVO, *Il professionista e il D.lgs. 231/2001*, cit.; A. FOTI, *Giuda operativa per la costruzione e gestione del modello 231*, Roma 2021; A. PESENATO, E. PESENATO, *Organismo di vigilanza (ex D.lgs. n. 231/2001)*, cit.

⁵⁶ Ma non solo, come si spiegherà meglio oltre.

devianza patologica dal corretto⁵⁷ esercizio della funzione amministrativa, è consustanziale all'amministrazione stessa.

Ciò consente di riconoscere che il sistema di pianificazione del rischio, in particolare di gestione del rischio corruzione nelle p.a., non può significare creazione di inutili sovrastrutture normative, burocratico-organizzative o funzionali, in quanto, la gestione del rischio è parte integrante dei sistemi operativi di gestione dell'organizzazione, in funzione e a sostegno della razionalizzazione dei processi decisionali.

Il PTPCT, in definitiva, dovrebbe considerarsi l'atto organizzativo per eccellenza. Un atto fondamentale per le amministrazioni pubbliche, decisivo per assicurare la migliore «organizzazione dell'organizzazione»⁵⁸ della singola amministrazione⁵⁹.

Il sistema di pianificazione del rischio corruzione nelle pp.aa., dunque, dovrebbe costituire il *Sein* dell'amministrazione pubblica, l'espressione finitima del suo dover essere imparziale, del suo agire conformemente a legge, perseguendo il buon andamento in ossequio al disposto di cui all'art 97 Cost.⁶⁰; dovrebbe costituire la migliore esplicazione della razionalità del processo organizzativo e funzionale dell'amministrazione, non già un'inutile sovrastruttura.

Solo questa consapevolezza può vivificare l'utilità del sistema di

⁵⁷ L'aggettivo non è usato casualmente, volendo esprimersi un concetto più ampio e diverso da quello di illegittimità, non ricadendo i comportamenti di *maladministration* in un semplice vizio sostanziale della funzione, ossia l'eccesso di potere, implicando essi un *quid pluris*, innanzitutto perché tali comportamenti patologici, degni di rilevanza pubblicistica, non necessariamente si concretizzano o sfociano in un atto amministrativo viziato, e poi perché ciò che connota questa "zona grigia" delle cattive prassi, del malcostume, delle condotte o delle omissioni prossime all'inveramento del reato in danno alla p.a. (sia di corruzione, concussione o abuso di ufficio), è dato dalla sostanziale strumentalizzazione dell'esercizio della funzione in vista del perseguimento di un'utilità personale (sia esso un vantaggio materiale, economico vero e proprio o il soddisfacimento di un interesse) non dovuta. Pertanto, ben potrebbe accadere che tali comportamenti si concretizzino in un provvedimento legittimo, ma al contempo illecito, perché, ad esempio frutto di un abuso di potere in danno al privato e, indirettamente, alla p.a. che non ha visto pregiudicato il perseguimento dell'interesse pubblico, bensì la sua immagine, per via di un comportamento eticamente riprovevole. Pertanto, ciò che muta, è il bene giuridico oggetto di tutela. Sulle interferenze fra sistema penale e diritto amministrativo: S. PERONGINI, *L'abuso d'ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*, Torino 2020.

⁵⁸ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit.

⁵⁹ Pertanto, come si vedrà, sarà importante comprendere quale sia il contenuto del piano, se meramente programmatico o precettivo, anche ai fini della qualificazione della natura giuridica da riconoscere al medesimo.

⁶⁰ F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino 2005.

pianificazione del rischio corruzione nella p.a., potendo, la sua corretta attuazione, portare ad assottigliare quello scarto, ancora troppo ampio, esistente fra *Sein* e *Sollen* dell'amministrazione pubblica⁶¹.

7. *Il valore aggiunto alla pianificazione: la mappatura dei processi organizzativi negli enti privati e nella p.a. Riflessi sulla natura giuridica del piano*

Se la logica della prevenzione mediante organizzazione, come sin qui visto, rilancia il momento della pianificazione organizzativa come ineludibile bisogno per un ente, qualsivoglia sia la sua natura giuridica, di adeguare la propria organizzazione interna in vista del perseguimento di un interesse che non è solo pubblico, da intendersi come appartenente allo Stato sovrano, bensì dell'intera collettività, ossia agire nella legalità come sostrato fondamentale a garanzia del rispetto del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., è evidente che l'atto della pianificazione debba colorarsi di un qualcosa in più, che dia valore aggiunto alla semplice e generica programmazione delle attività.

Tale constatazione ha pesanti ricadute sia sul sistema organizzativo degli enti di cui al d.lgs. n. 231, sia per le pp.aa.

Ebbene, anche per la definizione di tali profili, soccorre l'analisi comparata con i Modelli 231, da cui si evince chiaramente che il cuore della pianificazione organizzativa, funzionale alla prevenzione del rischio di reato, sia costituito dalla declinazione dei c.d. protocolli di condotta.

Essi rappresentano il vero valore aggiunto alla pianificazione organizzativa.

Come anticipato, tali protocolli di condotta sono funzionali a garantire la tracciabilità dei processi decisionali e operativi dell'ente, attraverso una chiara ed accurata suddivisione di compiti e delle responsabilità tra coloro che operano nell'organizzazione, evitando sia vuoti di potere, sia inutili commistioni o duplicazioni di funzioni, nonché attraverso la predisposizione di meccanismi di verifica, di autorizzazione e controllo, al fine di evitare l'assunzione di decisioni arbitrarie⁶².

Tali protocolli si basano altresì sullo scambio di flussi informativi fra

⁶¹ Cfr. G. GALLONE, *La prevenzione amministrativa del rischio corruzione*, cit., 354, secondo cui, molto chiaramente: «L'incertezza in cui si sostanzia il rischio corruzione risiede tutta, dunque, nello scarto tra essere e dover essere dell'amministrazione».

⁶² A. DE VIVO, *Il professionista e il D.lgs. 231/2001*, 226 ss.

Organismo di vigilanza, vertici aziendali e responsabili interni di funzione, nonché sulla tracciabilità della documentazione e dell'attività interna all'ente.

Dalla descrizione fornita, dunque, emerge chiaramente che i suddetti rispondono a tre fondamentali principi: quello della c.d. della segregazione delle funzioni o dei ruoli; della tracciabilità delle operazioni e dei processi decisionali dell'ente, dovendo questi essere documentati e verificabili; del monitoraggio e controllo sulla corretta attuazione delle procedure.

Questi principi hanno una chiara valenza pubblicistica.

Il principio della segregazione delle funzioni, in particolare, pone un evidente richiamo a quello di attribuzione delle competenze⁶³, o se si preferisce, stando alla dottrina⁶⁴ più raffinata, della distribuzione, o meglio, del riparto delle competenze all'interno dell'ente.

Il principio della tracciabilità delle operazioni e dei processi decisionali dell'ente ha un chiaro riferimento alla logica della trasparenza amministrativa⁶⁵.

Stessa cosa può dirsi per la funzione di vigilanza e controllo esterno sull'attività dell'ente, nel caso di specie attribuita a un organismo imparziale, indipendente, qualificato sia per il profilo professionale sia morale, costituito *ad hoc* per l'assolvimento di tale compito: l'Organismo di valutazione (Odv).

Di conseguenza, appare evidente che se con riferimento alla metodologia di gestione del rischio si assiste all'implementazione nella p.a. della

⁶³ Il principio di attribuzione delle competenze, in verità, è declinato piuttosto in riferimento all'ordinamento UE (si v. art. 5 TUE). Cfr.: O. PORCHIA, *Competenze dell'Unione Europea*, in *Enciclopedia Treccani – Diritto online*, 2017.

⁶⁴ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2020, con particolare riferimento alla distinzione fra attribuzioni e competenze. Sulla competenza cfr. anche A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione tra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino 2001.

⁶⁵ R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. Amm.*, 1987, 529 ss.; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa e democrazia*, in G. BERTI, G.C. DE MARTIN, *Gli istituti di democrazia amministrativa*, Milano 1996, 22 ss.; F. MANGANARO, *Evoluzione del principio di trasparenza*, in *Studi in memoria di Roberto Marrama*, Napoli 2012, 639; Id., *Trasparenza e obblighi di pubblicazione*, in *Nuove autonomie*, 2014, 553 ss.; Id., *Trasparenza e digitalizzazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 1/2019, 25 ss.; F. MERLONI, G. ARENA, E. CARLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano 2008; M.C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. Amm.* 2015, 121, ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, F. FRACCHIA (a cura di), Milano 2020; A.G. OROFINO, *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, Bari 2020.

logica di matrice aziendalistico-economica del *risk management*, nel momento prettamente attinente alla pianificazione organizzativa, viceversa, si ha una netta traccimazione di principi pubblicistici nel settore privato.

Ebbene, l'implementazione della logica pubblicistica della pianificazione organizzativa in chiave preventiva – e non dunque meramente manageriale o performativa – porta, in definitiva, anche negli enti privati, a una sostanziale procedimentalizzazione dell'attività, con rilevanti conseguenze in termini di funzionalizzazione dell'attività imprenditoriale, in nome dell'etica della legalità.

Una prima rilevante conseguenza è che l'attività d'impresa, la cui libertà di esercizio – si ricorda – è costituzionalmente garantita, perde un connotato consustanziale, ovverossia quello della segretezza dei processi decisionali e dei meccanismi aziendali, in nome della trasparenza, perché il momento della pianificazione organizzativa diviene funzionale al perseguimento di un interesse che non è più meramente egoistico, per intenderci, funzionale a gestire i rischi aziendali per l'implementazione del profitto o la riduzione di esternalità negative intese in termini di mancato guadagno, bensì un interesse generale, dell'intera collettività, ossia quello dell'agire nella legalità.

L'effetto utile del sistema di pianificazione organizzativa in funzione della prevenzione del rischio corruzione, sia per gli enti pubblici che privati, non è solo interno all'ente, bensì esterno. I due profili sono strettamente connessi fra loro perché rispondono a una logica circolare: solo attraverso la buona amministrazione si previene il rischio corruzione, ma è agendo nella legalità che si producono esternalità positive per l'intero sistema, con ricadute positive anche per l'ente che in tale contesto agisce.

L'ente privato, dunque, implementa un principio cardine del sistema pubblicistico, il principio di legalità, non inteso semplicemente nella sua accezione “debole”, come rispetto della legge, da sempre valido, bensì nella sua accezione “forte”, come procedimentalizzazione del proprio operato.

Questo approccio è dirompente per gli enti privati che sono chiamati a modificare il proprio *modus agendi*, in particolare nel momento della pianificazione della strategia organizzativa.

Infatti, le maggiori difficoltà che gli enti privati incontrano nella redazione dei Modelli 231 è data proprio dalla declinazione dei c.d. protocolli di condotta, che costituiscono – come detto – il nucleo centrale dei suddetti modelli.

Attraverso i protocolli di condotta gli enti sono chiamati a processare

la propria attività interna, a strutturare in forma procedimentale le fasi attraverso cui si snodano i processi operativi e decisionali interni all'ente (es. partecipazione ad una procedura di gara per l'affidamento di un contratto pubblico; partecipazione a procedure di erogazione di finanziamenti pubblici; rapporti con soggetti istituzionali o appartenenti alle pp.aa., anche in occasione di verifiche, ispezioni, controlli, gestione di flussi finanziari e pagamenti; commercializzazione e alla diffusione dei prodotti farmaceutici⁶⁶, etc...), identificando i soggetti o gli uffici responsabili per ogni singola fase, in ossequio al principio della segregazione delle funzioni, garantendo un coordinamento razionale fra le specifiche fasi e funzioni attraverso l'ideazione di un sistema c.d. di flussi informativi fra gli operatori coinvolti nelle singole fasi dello specifico processo, i responsabili della fase o dell'intero processo aziendale attenzionato, e l'OdV.

Un meccanismo di primo acchito complesso, perché impone all'ente uno sforzo di auto-normazione delle regole procedimentali del proprio agire.

I protocolli di condotta, infatti, costituiscono veri e propri modelli di gestione precauzionale del rischio, perché essi consistono nella declinazione di specifiche regole di condotta cautelative, che l'ente stesso è chiamato a definire, per scongiurare il rischio di reato⁶⁷.

Tali protocolli di condotta pongono, dunque, norme cautelari ma anche cautelative o ultra-prudenziali⁶⁸, ispirate a uno standard di diligenza più elevato, imposto dalle esigenze securitarie ispirate alla logica precauzionale⁶⁹, regole di carattere precettivo, in quanto vincolanti per l'ente.

Ciò pone almeno tre rilevanti problemi: il primo, sul piano delle fonti, di grande rilevanza per l'ordinamento penalistico, ancor più che per quello amministrativo, non essendo consuetudine per il primo la declinazione privatistica di regole cautelari di condotta, per via del difficile rac-

⁶⁶ Sullo specifico tema, proprio con riferimento alla effettiva sussistenza di un rischio corruzione in tale settore: S. CAGLIANO, A. LIBERATI, *I farmaci*, Bologna 2001; M. ANGELL, *Farma&Co, Industria farmaceutica: storie straordinarie di ordinaria corruzione*, Milano 2006; LAW, *Big Pharma. Come l'industria farmaceutica controlla la nostra salute*, Torino 2006.

⁶⁷ C. PIERGALLINI, *Pragmatica dell'autocontrollo penale*, cit.

⁶⁸ C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516 ss.

⁶⁹ V. ATTILI, *L'agente-modello 'nell'era della complessità': tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1240.

cordo con il principio di legalità⁷⁰; il secondo, del rischio di un incontrollato ampliamento della responsabilità colposa dell'ente⁷¹; il terzo, relativo al controllo esterno, o meglio, al sindacato sulla validità e adeguatezza della regola autoprodotta dall'ente e ai suoi limiti⁷².

Tali questioni si ritengono, con le dovute precisazioni, similmente e in parte valide anche per l'ordinamento amministrativo⁷³, dovendo anche i PTPCT contenere, necessariamente, una adeguata mappatura dei processi interni a rischio corruttivo e la specificazione delle relative misure di contrasto.

Certo, va anche detto che lo sforzo che si chiede alla p.a. nella mappatura dei processi decisionali è sicuramente meno invasivo rispetto agli enti privati, perché è connaturale alle pp.aa. agire in ossequio alla logica procedimentale, con tutte le conseguenze che ne derivano in materia di riparto delle competenze, responsabilità, etc... Ciò che si chiede alle pp.aa. – e la cosa forse non è di poco conto –, è di migliorare e implementare le regole procedimentali già note, distinguendo e mappando, per aree di rischio, i singoli processi decisori, al fine di meglio identificare le responsabilità interne all'ente.

Orbene, con riferimento alla prima questione posta, astraendoci dalle complesse problematiche che involgono l'ordinamento penalistico, su cui in questa sede non è possibile addentrarsi, è evidente che ci si trova dinanzi a norme, a regole, autoprodotte dall'ente e che le medesime hanno una chiara valenza precettiva.

A differenza dell'ordinamento penale, in cui certamente il ricorso alla *soft law*, alle linee guida, o più in generale alla normazione privatistica (si pensi alle certificazioni) integrativa della regola precettiva posta dalla

⁷⁰ C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1099 ss.; C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, cit.

⁷¹ C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit.; C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, cit.

⁷² Per gli enti privati: V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d. lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2011; C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, cit.; V. ATTILI, *L'agente-modello 'nell'era della complessità': tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, cit. Per il sindacato del giudice amministrativo sul sistema anticorruzione nella p.a. sia consentito rinviare a R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, Bari 2020.

⁷³ Su questi temi, tuttavia, per ragioni di continenza, non ci si potrà soffermare nel presente scritto. Pertanto, sia consentito il rinvio a R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, 228 ss.

disposizione di legge pone questioni rilevanti, la riserva relativa di legge nell'ordinamento amministrativo, lascia margini d'intervento più ampi alle fonti interne⁷⁴ o alla stessa *soft law*⁷⁵.

Questo elemento invita innanzitutto a riflettere sulla natura giuridica del PTPCT, il cui contenuto è certamente complesso⁷⁶, perché dato da un insieme di misure in parte programmatiche in parte precettive. Tale atto ha certamente carattere organizzativo, dovendo ciascuna amministrazione indicare, nel piano, gli interventi organizzativi necessari a prevenire il rischio corruzione (art 1, comma 5, lett. a), L. n. 190/2012). Tuttavia, non si può ignorare la parte precettiva del piano medesimo, non solo relativa alle specifiche misure di prevenzione *ivi* previste, ma anche agli specifici doveri di azione o di comportamento *ivi* declinati, integrativi delle regole procedurali ordinarie, la cui violazione è fonte di responsabilità disciplinare (art, 1, comma 14 e comma 44 della L. n. 190/2012).

L'auto-normazione, da parte dell'ente, di specifiche regole di condotta a presidio dell'inveramento del rischio, comporta l'attribuzione di vere e proprie posizioni di garanzia a carico dei soggetti tenuti a rispettarle, potendo l'amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità, porre attraverso esse, specifiche e ulteriori "norme" di azione⁷⁷ e anche di relazione, scegliendo e declinando le modalità di azione e di comportamento ritenute più consone in base al concreto contesto operativo.

Il valore precettivo di tali disposizioni o misure ha però carattere preminentemente interno, non incidendo direttamente sulla posizione giuridica dei terzi se non nei limiti del legittimo affidamento che esse suscitano nei loro confronti.

Pertanto, con riferimento alla natura giuridica del piano triennale, si potrebbero profilare tre tesi: si potrebbe ritenere che essi siano assimilabili a regolamenti organizzativi, a contenuto complesso, contenti sia misure programmatico-organizzative sia precettive, dunque, in sostanza

⁷⁴ F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, Napoli 2020.

⁷⁵ M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015 consultabile anche al sito www.aipda.it; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2018.

⁷⁶ Parla di natura ibrida del PTPCT, G. GALLONE, *La prevenzione amministrativa del rischio corruzione*, cit., in particolare 364.

⁷⁷ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova 1957; A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Aa.Vv.*, *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano 1983; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, F. FRACCHIA (a cura di), cit.

atti espressione del potere di autoorganizzazione dell'ente; oppure, valorizzando i protocolli di condotta, quale parte integrante e nevralgica del piano, dotata però di autonoma valenza, si potrebbero forse ripensare quelle tesi della dottrina⁷⁸ sulla natura giuridica "normativa" delle circolari interne all'amministrazione, o delle c.d. circolari-regolamento, quali atti atipici volti a porre regole generali e astratte, in grado di produrre effetti anche sui terzi, nei limiti in cui fanno sorgere sulla generalità dei consociati, l'aspettativa che essi rappresenteranno una guida per l'esercizio dell'azione amministrativa (in definitiva, un esempio di norma interna con rilevanza esterna)⁷⁹; oppure, preso atto dell'atipicità del sistema delle fonti nell'ordinamento amministrativo, potrebbe forse semplicemente riconoscersi al PTPCT la sua autonoma valenza giuridica, evidenziandone le caratteristiche consustanziali e le peculiarità, quale nuova norma interna, andando esso ad arricchire il complesso e atipico sistema delle c.d. norme interne, così evitando forzature nella categorizzazione giuridica delle fonti già esistenti. Tesi, quest'ultima forse più plausibile.

Tuttavia, pur riconoscendo al PTPCT un'autonoma dignità giuridica, quale nuova norma interna capace a proprio modo e con i propri limiti di avere anche una certa rilevanza esterna, è importante chiarire che, lungi da dar vita a inutili sovrastrutture burocratiche che ingessano l'amministrazione, tale piano assolve la funzione primaria di razionalizzazione del processo organizzativo e decisorio dell'amministrazione, attraverso la previsione di regole condizionali (del tipo: se... allora) che consentano all'amministrazione di prevedere come provvedere e come agire in vista di decisioni future.

Le regole declinate nel piano, dunque, debbono necessariamente integrarsi con il sistema normativo e ordinamentale di riferimento. Il piano non può creare un "ordinamento sezionale"⁸⁰, ma deve presentarsi come la migliore sintesi organizzativa e funzionale di quella specifica amministrazione, provocatoriamente, una sorta di legge – quadro per l'amministrazione che lo adotta.

Tesi che sembra corroborarsi, come si vedrà, alla luce dei recenti riferimenti normativi presenti nel PNRR.

⁷⁸ Per una ricostruzione storica: M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit.

⁷⁹ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 96.

⁸⁰ M.S. GIANNINI, *Gli ordinamenti sezionali*, in *Il dir. dell'econ.*, 1/1991; F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985; Più di recente sui temi: F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Le norme interne*, cit.

8. *L'identificazione dei presidi di responsabilità interni: dalla cogenza della regola di condotta auto-normata dall'ente alla responsabilità per colpa da cattiva organizzazione*

Questione strettamente connessa alla precettività delle regole auto-prodotte dall'ente, è quella della possibilità, da parte dell'amministrazione o dell'ente medesimo, di disattenderle.

Sebbene sul punto vi siano considerevoli differenze fra le due discipline, deve riconoscersi, in via del tutto generale che, in entrambi i casi, la possibilità di derogare alla regola auto-normata, da parte dell'ente medesimo, non solo non sia escludibile, se adeguatamente motivata in relazione al caso concreto, ma che tale possibilità sia ordinariamente pensata come necessaria, se valutata nella prospettiva di divenire dell'efficacia del piano medesimo.

Basti pensare alla caducità del piano, alla sua provvisorietà dovuta alla rivedibilità dei suoi contenuti.

È chiaro, tuttavia, che la derogabilità della regola precettiva auto-normata non possa divenire una prassi consolidata, dovendo essere confinata a ipotesi eccezionali, giustificate dalle peculiarità del caso concreto o da un ripensamento sull'efficacia del protocollo operativo, per via della riscontrata incompletezza o inadeguatezza del protocollo preventivamente stilato, come tale bisognoso di adeguamenti e modifiche.

Pertanto, la deroga a tali protocolli operativi dovrebbe generalmente fungere da stimolo per un perfezionamento dei medesimi, pena il depotenziamento della cogenza stessa ad essi attribuita.

Si deve riconoscere, dunque, che tali regole precettive abbiano un doppio limite: temporale, in verità non predeterminato, per via della loro consustanziale perfettibilità, stimolata anche da un processo interno di apprendimento adattivo, che le rende flessibili ma non per questo arbitrariamente mutevoli; sostanziale, essendo il frutto di un processo di auto regolazione da parte dell'ente, evidentemente discrezionale, che le rende non solo modificabili nel tempo ma difficilmente sindacabili, risultando particolarmente improbo un sindacato estrinseco sulla loro adeguatezza, anche ai fini della configurabilità di una responsabilità dell'ente per c.d. colpa da (cattiva) organizzazione.

Colpa da organizzazione che, si badi bene, non sussiste solo nell'ipotesi più grave della mancata adozione dello specifico protocollo operativo, funzionale a contenere l'inveramento di un rischio di reato in una specifica area operativa dell'ente, o peggio ancora per mancata adozione

del piano (ipotesi ormai di scuola per la p.a.) o del modello 231 (ipotesi possibile e, come detto, problematica), bensì da mera inadeguatezza del protocollo al contenimento del rischio pur specificatamente individuato.

È proprio in riferimento a questo profilo, tuttavia, che si registrano evidenti divergenze tra i due modelli, frutto della diversa funzione assolta dalle due discipline in esame.

Non va dimenticato, infatti, che la disciplina di cui al d.lgs. n. 231/01 prevede una responsabilità dell'ente diretta, autonoma ed eventualmente concorrente con quella dell'autore del c.d. reato presupposto, ossia del soggetto che abbia compiuto o anche solo tentato di compiere uno dei reati fra quelli tassativamente previsti dallo stesso decreto legislativo, potendo tale responsabilità configurarsi anche nell'ipotesi in cui l'autore del reato non sia stato identificato, o non sia imputabile.

Lo scopo sotteso alla richiamata disciplina è, infatti, essenzialmente quello di evitare l'inverarsi di fenomeni di criminalità d'impresa, estendendo l'ambito oggettivo dell'illecito al di là della fattispecie della c.d. impresa criminale o illecita, ossia quella che agisca completamente al di fuori dello schema della legalità, bensì, seguendo una logica general-preventiva, sanzionando anche l'impresa lecita nel caso in cui, nell'esercizio della propria attività, venga commesso un illecito, a proprio vantaggio o nel proprio interesse. Il bene giuridico tutelato, infatti, è da identificarsi primariamente nel mercato aperto, concorrenziale e, mediamente, nella diffusione dell'etica della legalità.

Di conseguenza, ciò porta a distinguere nettamente le responsabilità individuali, ossia dei dipendenti o soggetti apicali che agiscono nel e per l'ente, dalla responsabilità diretta dell'ente medesimo, sebbene per fatto altrui. Ne consegue, la centralità della c.d. colpa da cattiva organizzazione come criterio oggettivo d'imputazione del fatto di reato all'ente.

Come spiegato, la *ratio* della disciplina è quella di invitare l'ente a predisporre specifiche misure organizzative a presidio della prevenzione e gestione del rischio di commissione di reati.

Una valutazione, questa, discrezionale molto ampia, sull'*an*, sul *quid* e sul *quomodo* della selezione e gestione del rischio di reato, che pone problemi di non poco momento in relazione al sindacato giurisdizionale, da parte del giudice penale, sull'adeguatezza del modello organizzativo preventivo, ai fini dell'imputazione della responsabilità all'ente per c.d. colpa da organizzazione⁸¹.

⁸¹ C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*,

E invero, non si può dimenticare che il sistema d'imputazione della responsabilità all'ente, ai sensi del D.lgs. n. 231/01, è costruito sulla base

cit.; C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit.; C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, cit. L.A. spiega che nell'ordinamento penale, in particolare, è controverso lo stesso concetto di «colpa da organizzazione», essendo state profilate, in campo, diverse tesi, o meglio, tre distinti paradigmi ascrittivi della colpevolezza all'ente. Un primo orientamento, definibile etico-sintomatico, fa leva sull'esistenza di un meta-precetto a carico dell'ente, ossia quello del dovere di organizzarsi, che porterebbe a sanzionare l'ente per inidoneità a prevenire il rischio di reato. Tale ricostruzione, seguendo il modello tedesco, darebbe vita a una sorta di pre-colpevolezza dell'ente, derivante dall'aver consentito o agevolato le condizioni per la successiva commissione del reato. Volendo fare un parallelismo con istituti noti nell'ordinamento italiano, tale criterio d'imputazione si rifarebbe al criterio della c.d. *actio libera in causa*. La tesi fa capo a C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002; ID., *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 88 ss. Un secondo orientamento, c.d. funzionalista, porta a delineare una responsabilità oggettiva dell'ente, per il solo modo di essere della sua organizzazione interna. Tale tesi farebbe leva sull'impossibilità di fondare la responsabilità dell'ente su criteri ordinari d'imputazione della persona fisica, in particolare per ciò che attiene all'elemento soggettivo, ragion per cui la *voluntas societatis* andrebbe oggettivata e ricostruita su criteri meramente normativi. Cfr. O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano 2010; F. DA RIVA GRECHI, *L'illecito funzionale degli enti collettivi*, in *Giust. pen.*, 2003, 441 ss. Un terzo orientamento, che fa capo all'A. (C.E. PALIERO) si sforza di delineare un sistema ascrittivo della responsabilità di tipo colposo in senso stretto, ascrivendo all'ente il fatto-reato della persona fisica che lo rappresenta, sulla base di un rimprovero effettivo di colpa. Di conseguenza, i protocolli di condotta delineati nel Modello 231 non sarebbero una esimente per l'ente, ma dovrebbero collocarsi nel fatto tipico del reato, colorando di determinatezza la regola cautelare in essi specificata. Il rimprovero effettivo di colpa che si potrebbe muovere all'ente, dunque, sarebbe incarnato da specifici deficit di autocontrollo organizzativo. Più pragmatica la giurisprudenza che si limita a muovere il rimprovero all'ente per mancata adozione di presidi preventivi idonei a scongiurare il rischio di reato, dando vita, sostanzialmente, a una forma di colpevolezza normativa basata, per lo specifico caso di reato commesso da un soggetto apicale, sul criterio dell'immedesimazione organica (si allude al caso Thyssenkrupp, che resta paradigmatico: Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343). È evidente che le difficoltà ermeneutiche derivano dalla necessità di delineare i profili ascrittivi della colpevolezza dell'ente in conformità ai parametri costituzionali di cui agli artt. 25 e 27 Cost., non potendo accettarsi, nel sistema penale, ipotesi di responsabilità oggettiva. Le questioni, come si vedrà, si presentano molto meno complesse nell'ordinamento amministrativo in cui, come noto, il sistema di responsabilità da mancata o inefficace attuazione dei presidi anticorruzione è tutto incentrato sul singolo funzionario, sul soggetto agente che agisce egoisticamente, discostandosi dai parametri di corretto perseguimento dell'interesse pubblico, dunque in danno all'ente, non già a vantaggio o nell'interesse dell'ente come nel sistema di cui al D.lgs. n. 231/01. Ciò non toglie, tuttavia, che si possa ragionare su una possibile ed eventuale forma di responsabilità civile dell'ente pubblico, o più in generale, della p.a., per difetto di organizzazione. Sia sufficiente pensare a eventuali profili di valorizzazione della c.d. *class action* pubblica. Sui temi, se si vuole: R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, cit.

di un modello di responsabilità formalmente “amministrativa” – stando al *nomen iuris* – ma sostanzialmente penale; non a caso, la tesi prevalente relativa alla natura giuridica della responsabilità da reato dell’ente⁸² è quella c.d. mista, ossia quella di «un *tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo, nel tentativo di contemperare le ragioni di efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia»⁸³, anche per via dell’attribuzione della materia alla giurisdizione al Giudice penale.

Diversamente, il sistema di prevenzione della corruzione nella p.a., non origina dalla esigenza di imputare una responsabilità diretta all’ente per fatti dei propri funzionari, bensì, a contrario, dal bisogno di incentivare buone prassi al fine di debellare fenomeni di c.d. *maladministration*, ossia comportamenti prodromici e non necessariamente integranti un reato, nemmeno nella soglia minima del tentativo, che sono però meritevoli di essere attenzionati e sanzionati, in quanto capaci di contaminare, di compromettere il corretto esercizio della funzione pubblica. Un sistema di responsabilità, dunque, calibrato essenzialmente sul singolo funzionario, essendo l’amministrazione pubblica parte offesa dalla condotta disdicevole.

Questo ha portato a ritenere che mentre il sistema 231 risponda all’esigenza di delineare efficaci strumenti di tutela a garanzia dell’eticità della condotta dell’ente, la disciplina anticorruzione miri piuttosto ad assicurare presidi di garanzia dell’etica nell’ente⁸⁴.

Purtuttavia, pur nella veridicità dell’assunto, si ritiene che tale visione sia miope o comunque parziale perché se è vero che il sistema 231 ha come scopo quello di incentivare il sistema di legalità operativa e gestionale dell’ente, è anche vero che tale sistema di legalità penetra nel contesto aziendale, divenendo l’emblema delle scelte di *policy*, cui tutti sono chiamati ad aderire; viceversa, quandanche il sistema di prevenzione del rischio corruzione nella p.a. sia calibrato sul singolo, ciò non esime la stessa amministrazione dal rispetto di doveri di pianificazione organizzativa funzionali a garantire l’efficiente ed efficace esercizio della propria attività.

In merito a quest’ultimo aspetto potrebbe ipotizzarsi, forse, un pa-

⁸² G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d’imputazione*, in *Diritto penale contemporaneo*.

⁸³ Relazione ministeriale al D. lgs. 8 giugno 2001, 231 in *Dir. e Giust.*, 2001, n. 20.

⁸⁴ Così G. CAPUTI, *Disciplina anticorruzione e modelli organizzativi ex D.lgs. n. 231/01*, cit., 503;

rallelismo con i meccanismi d'imputazione della responsabilità amministrativa da reato all'ente privato, ai sensi degli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/01⁸⁵, disposizioni che rappresentano l'architrave del paradigma punitivo dell'ente privato.

Operare questo parallelismo, tuttavia, porterebbe a dilatare le maglie della responsabilità dell'ente e, probabilmente, ad allungare le distanze o a implementare lo scollamento fra responsabilità del funzionario e responsabilità dell'amministrazione per *deficit* organizzativo.

Non si può dimenticare, infatti, che sebbene il piano triennale sia strumento di governo dell'incertezza, manifestazione del processo decisionale che lascia comunque spazi alla mutevolezza della decisione concreta⁸⁶, con la conseguenza che l'autovincolo, organizzativo ma anche funzionale, che deriva dal piano, funge innanzitutto da premessa per le decisioni future – avendo il piano la primaria funzione di contribuire all'assorbimento dell'incertezza procedurale, non vincolando l'amministrazione nell'adozione in concreto di decisioni future – esso serve, anche e senza dubbio, ad arricchire il catalogo dei doveri gravanti sui funzionari e i profili di conseguente responsabilità, questi sì di carattere cogente (basti pensare alle ipotesi di responsabilità disciplinare ma anche dirigenziale che possono configurarsi in conseguenza al mancato rispetto o attuazione del piano).

Pertanto, è possibile sostenere che la logica della prevenzione mediante organizzazione comporti, per la p.a., uno scollamento fra responsabilità individuali dei funzionari o degli organi che agiscono all'interno dell'amministrazione e responsabilità dell'ente in quanto tale, interrompendo il nesso causale d'imputazione diretta del fatto (inteso come atto, attività o comportamento del funzionario-organo) all'ente⁸⁷.

E invero, nessuna responsabilità da colpa da organizzazione è direttamente imputata all'ente pubblico per violazione della normativa in

⁸⁵ Sul tema, R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione ma prevenzione e continuità aziendale*, cit. Sia consentito altresì rinviare a R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, cit., 228 ss.

⁸⁶ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit.

⁸⁷ M. MONTEDURO, *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, in *PA persona e amministrazione*, cit.; M.C. CAVALLARO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: appunti sul saggio di Massimo Monteduro*, cit.; ID., *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in *PA persona e amministrazione*, 1/2019, 39 ss.; *ibidem*, S. CIMINI, *Modello organizzativo e responsabilità della p.a.*, 99 ss., nonché M. TRIMARCHI, *Premesse sistematiche sulle relazioni organizzative*, 249 ss.

materia di prevenzione del rischio corruzione, partendo proprio dal presupposto che tali comportamenti disdicevoli non siano espressione della funzione dell'ente, piuttosto manifestazione di un processo patologico, di devianza dal corretto esercizio della funzione, che spezza il nesso d'immedesimazione organica fra ente e funzionario.

Orbene, se è evidente che questo sistema di pianificazione organizzativa probabilmente accentui lo scarto diaframmatico sussistente fra responsabilità del funzionario e responsabilità dell'ente, non considerare le eventuali conseguenze negative che, in termini di esternalità, potrebbero derivare da un *deficit* organizzativo, significherebbe sminuire il valore della pianificazione organizzativa, quale fondamentale strumento d'*improvement* dell'efficienza amministrativa.

Certo è che un punto, forse, va subito messo in chiaro; il limite, invalicabile, di questo processo di razionalizzazione organizzativa e funzionale resta uno solo: l'impossibilità di implementare *ab estrinseco* la discrezionalità dell'amministrazione pubblica, intesa come effettiva capacità di scelta e di ponderazione degli interessi in gioco, a maggior ragione se oggetto di sindacato diviene la stessa capacità di pianificazione organizzativa dell'ente, come ad esempio potrebbe essere il caso della configurabilità di una responsabilità civile della p.a. per mancata individuazione nel piano di un possibile "evento sentinella" e, di conseguenza, delle misure idonee a scongiurare il rischio di reato a quello connesso⁸⁸.

Il sindacato giurisdizionale sull'adeguatezza del sistema di pianificazione amministrativa del rischio corruzione, dunque, troverebbe un limite invalicabile nella riserva di amministrazione. Il merito delle scelte e, dunque, la qualità delle decisioni – di organizzazione, prima, provvedimenti, poi – non può che rimettersi alla *virtus* del singolo decisore. Questo, probabilmente, è il vero limite, o presidio, se lo si guarda a contrario, della riserva di amministrazione.

Limite, tuttavia, che solo in parte depotenzia, come si spiegherà, la carica di precettività del PTPCT.

9. *La valorizzazione dei c.d. flussi informativi a garanzia della trasparenza.*

Un ulteriore rilevante profilo del sistema di pianificazione organiz-

⁸⁸ Cfr. Cons. Stato, 21 maggio 2019, n. 3263. Sui temi, più in dettaglio, se si vuole: R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, cit., 238 ss.

zativa funzionale alla prevenzione del rischio corruzione, che merita di essere evidenziato, è quello della valorizzazione dei profili di trasparenza, non solo verso l'esterno ma anche all'interno dell'ente.

Con particolare riferimento al primo profilo va rilevato che la comunicazione, o meglio, il disvelamento delle decisioni di organizzazione attraverso la declinazione dei protocolli di condotta – stante l'obbligo di pubblicazione del piano, così come del modello 231 – diviene l'emblema dell'autopoiesi organizzativa, funzionale alla razionalizzazione dei comportamenti da assumere e delle competenze da attribuire.

Per le pp.aa. ciò significa che, ove correttamente attuato, il processo di gestione del rischio corruzione attraverso la pianificazione organizzativa rende, innanzitutto, l'organizzazione della singola amministrazione un'organizzazione trasparente⁸⁹, un'organizzazione spiegata ai cittadini⁹⁰ e al contempo partecipata.

Infatti, non solo i PTPCT sono conoscibili, perché oggetto di pubblicazione sul sito dell'Amministrazione nella sezione "Amministrazione trasparente"⁹¹, bensì, ai fini della predisposizione del PTPCT, è raccomandato alle amministrazioni medesime di realizzare forme di consultazione con gli *stakeholders*, da strutturare e pubblicizzare adeguatamente, volte a sollecitare la società civile e i soggetti portatori di interessi a formulare eventuali proposte da valutare in sede di elaborazione del PTPCT⁹².

Ancora, si ritiene che un'adeguata pianificazione organizzativa finalizzata alla gestione del rischio corruzione, rafforzi il profilo interno della trasparenza amministrativa, dovendosi rivalutare la tracciabilità dei flussi informativi all'interno della p.a., profilo questo ormai da qualche tempo

⁸⁹ F. FRACCHIA, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Il dir. dell'econom.*, 3/2015, 483-506.

⁹⁰ Parla di «pianificazione di comunicazione» A. BARONE, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, cit., 89 ss.

⁹¹ Art. 10, comma 8, D.lgs. n. 33/2013.

⁹² Quest'ultimo non è uno specifico obbligo di legge ma una mera raccomandazione formulata dall'ANAC nel PNA 2019. Tuttavia, sull'effettività dell'apporto dello strumento partecipativo all'*improvement* dei PTPCT qualche dubbio sembra lecito porre, semplicemente sulla base della considerazione che un essenziale presupposto per la redazione di PTPCT adeguati al contesto organizzativo è dato dall'effettiva conoscenza della macchina amministrativa e del suo funzionamento. Non a caso la legge prevede che i PTPCT non possano essere elaborati da soggetti esterni all'amministrazione (art. 1, comma 8, L. n. 190/2012). Nonostante tutto, però, il coinvolgimento degli *stakeholders* appare un pregevole tentativo di responsabilizzare la cittadinanza, chiamandola a partecipare attivamente alla gestione della *res publica*. In definitiva, un potenziale strumento di co-amministrazione.

adombrato dal predominante bisogno di visibilità dell'azione amministrativa da parte della collettività.

La valorizzazione del profilo della trasparenza interna all'organizzazione amministrativa diviene strumentale all'efficienza stessa della pubblica amministrazione, sia organizzativa, *in primis*, sia funzionale.

Lo sforzo di *self analysis*, costantemente richiesto all'amministrazione⁹³, pertanto, deve essere orientato alla semplificazione amministrativa⁹⁴, intesa non come dismissione o snellimento della funzione pubblica attraverso meccanismi di esternalizzazione, bensì come conoscibilità, linearità dei processi organizzativi interni e degli specifici presidi di responsabilità; una semplificazione amministrativa, dunque, da raggiungere attraverso la valorizzazione della buona amministrazione e, al contempo, in una prospettiva circolare, funzionale a garantirne il buon andamento, inteso come efficiente perseguimento degli obiettivi predefiniti.

Le medesime considerazioni valgono con riferimento agli enti privati esposti a responsabilità amministrativa da reato, su cui – come visto – incombe l'onere d'individuazione di specifici protocolli interni per la gestione del rischio di reato, calibrati con precipuo riferimento all'organizzazione aziendale.

Non a caso, sebbene a differenza dei PTPCT i protocolli 231 possano essere redatti anche da consulenti esterni all'ente, o da professionisti a ciò incaricati dall'ente medesimo, si richiede che gli stessi siano posti in condizione di conoscere l'assetto organizzativo aziendale e le procedure interne eventualmente già adottate⁹⁵, instaurando un dialogo costruttivo

⁹³ A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit.; G. GALLONE, *La prevenzione amministrativa del rischio corruzione*, cit.

⁹⁴ Sulla (complessità della) semplificazione amministrativa, anche con particolare riferimento alla prevenzione della corruzione: F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli 2000; M.A. SANDULLI, *La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali*, in *Nuove autonomie*, 3-4/2008, 405 ss.; M. BERTOLISSI, V. ITALIA, *La semplificazione delle leggi e dei procedimenti amministrativi*, Napoli 2015; A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO, *I Rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo e attività produttive e imprenditoriali*, Napoli 2016; AA.Vv., *Corruzione e semplificazione normativa e amministrativa*, sezione monografica che fa parte di M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit.; AA.Vv., *Semplificazione dell'azione amministrativa*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017; M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano 2020.

⁹⁵ Si pensi alle certificazioni ISO per la gestione della qualità e della sicurezza sul lavoro (ISO 45001:2018 *Occupational Health and Safety Assessment Series*), ai sistemi di gestione ambientale (UNI EN ISO 14001), ai sistemi di gestione della qualità (UNI EN ISO 9001), al sistema di Auditing interno, etc...

con gli organi di vertice, ispirato alla metodologia del c.d. *brainstorming*, al fine di far emergere soluzioni adeguate all'obiettivo perseguito.

Ai fini della trasparenza, inoltre, è fatto obbligo agli enti che adottino il Modello 231 di assicurare un'adeguata tracciabilità delle attività oggetto degli specifici protocolli di condotta.

È, infatti, previsto che l'ente adotti un adeguato sistema interno di documentazione e comunicazione che consenta di ricostruire i c.d. flussi informativi, ossia lo scambio di informazioni e di documentazione intercorrente fra singoli operatori coinvolti nel processo aziendale, soggetti responsabili di funzione, nonché, ancora, fra i vertici aziendali e l'organismo preposto alla vigilanza.

Questo sistema di tracciabilità, pertanto, assicura al contempo la trasparenza nei meccanismi operativi interni, funzionale a presidiare l'efficienza del *management* aziendale, nonché la trasparenza dei medesimi meccanismi all'esterno, essendo possibile ricostruire, facilmente, ove occorra – si pensi sempre all'ipotesi di sindacato giurisdizionale – i processi aziendali posti in essere.

Ancora, una trasparenza pura, intesa in termini di pubblicità o visibilità dei processi aziendali come anche delle scelte di *policy*, è comunque assicurata dalla pubblicazione sul sito aziendale dei suddetti modelli.

Pertanto, sembra possibile sostenere che lo scopo sotteso al sistema di prevenzione mediante una buona organizzazione sia quello di ridurre il rischio di commissione di reato senza ingessare l'attività dell'ente, piuttosto di migliorarne l'efficacia e l'efficienza attraverso un compiuto sforzo di razionalizzazione delle risorse, delle competenze, delle responsabilità.

In definitiva, lo sforzo costruttivo sarebbe quello di evitare il paradossale e dannoso fenomeno della c.d. *paralysis by analysis* o, per le pp.aa. dei silenzi ingiustificati, comportamenti spesso incentivati dalla macchinosità burocratica, dalla scarsa trasparenza, dalla scarsa responsabilizzazione dei processi decisionali interni all'ente medesimo.

10. *Le aree di sovrapposizione normativa fra le due discipline e l'integrazione fra i due modelli. Profili di complessità e di criticità*

L'analisi condotta ha permesso di evidenziare analogie e simmetrie esistenti nel sistema di pianificazione organizzativa per la gestione del rischio di reato. Le affinità presenti, se non – come dimostrato – l'identità metodologica che chiama gli enti, sia pubblici sia privati, a uno sforzo di

self analysis e di razionalizzazione organizzativa, ha ricadute nel momento pratico-applicativo.

Vi sono, infatti, ambiti in cui le due discipline s'intersecano e si sovrappongono; pertanto, le stesse sono chiamate a convivere e a integrarsi fra loro, pur dovendo mantenere un'autonomia che deriva dalla differente funzione cui sono preposte.

Orbene, ferme le differenze strutturali e funzionali esistenti – come visto – fra le due discipline oggetto d'esame, è innegabile che sussista un'area di sovrapposizione fra le due normative, inerente la gestione del rischio corruzione.

Area di sovrapposizione che porta ad accentuare quei profili d'ibridazione fra pubblico e privato, a garanzia del perseguimento dell'interesse generale che si è individuato nella prevenzione della corruzione attraverso l'accentuazione dei profili di legalità procedimentale e il rispetto degli obblighi di trasparenza.

Le ragioni della sovrapposizione fra le due discipline, al di là dell'ambito oggettivo di applicazione in comune, ossia la gestione del rischio corruzione, dipendono essenzialmente da due fattori.

Il primo, assolutamente rilevante, è dato dalla neutralità della natura giuridica dell'ente ai fini dell'applicazione dei principi e regole di derivazione pubblicistica, quali sono ad esempio gli obblighi di trasparenza di cui al d.lgs. n. 33/2013; neutralità che deriva o dall'essere ente soggetto a controllo pubblico o società partecipata o ancora, dalla rilevanza dell'attività svolta dall'ente medesimo, come tale riconducibile nel perimetro dell'attività di pubblico interesse⁹⁶.

Il secondo, conseguente, deriva dalla struttura bilaterale del reato di corruzione, quale reato-contratto che, potenzialmente, pone alcuni soggetti di diritto privato – in particolare quelli individuati dall'art. 2-*bis*, comma 2, del D.lgs. n. 33/2013, tenuti, sebbene con alcuni adattamenti, all'applicazione della disciplina in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza – in posizione sia di possibili destinatari dell'atto cor-

⁹⁶ Si allude in particolare all'art. 1, comma 2-*bis*, L. n. 190/2012, come introdotto dall'art. 41, comma 1, lett b) del d.lgs. del 25 maggio 2016, n. 97, nonché all'art. 2-*bis* del D.lgs. n. 33/2013, sempre introdotto con il D.lgs. n. 97/2016, disposizioni con cui si è proceduto, rispettivamente, a raccordare la disciplina anticorruzione contenuta nella L. n. 190/2012 con quella in materia di trasparenza e, altresì, a individuare criteri oggettivi e predeterminati per la riconducibilità di alcuni enti di diritto privato fra quelli tenuti all'applicazione e adozione di misure di prevenzione della corruzione e trasparenza, seppure con degli adattamenti.

ruttivo sia di potenziali autori del medesimo, per il tramite dei propri componenti, a seconda del tipo di attività svolta.

Pertanto, non è escludibile che alcuni enti di diritto privato siano chiamati ad applicare, contestualmente, sia la normativa sulla prevenzione della corruzione di cui alla L. n. 190/2012 e i conseguenti obblighi di trasparenza, sia la disciplina di cui al D.lgs. n. 231/01.

Come anticipato, un esempio emblematico è quello delle strutture sanitarie private, cui è stata imposta l'adozione del Modello 231, in uno con il PTPCT.

In tali casi si assiste a una vera e propria coesistenza di modelli, in spregio al principio di ragionevolezza e semplificazione amministrativa.

Pur volendo riconoscere che tali enti, per il tipo di attività svolta, siano chiamati al rispetto di entrambe le discipline, è arduo riconoscere la proficuità della contestuale adozione del PTPCT e del Modello 231, non fosse altro per la parziale duplicità di contenuti cui i modelli danno vita, oltre che per potenziali cortocircuiti organizzativi che potrebbero derivare.

E invero, vi è una cospicua area di rischio, quella di corruzione – che per vero ha generalmente un peso assorbente o comunque preminente per tali società – presidiata contemporaneamente da due soggetti distinti: il Responsabile della prevenzione della corruzione e l'Organismo di vigilanza.

Non a caso, si richiede che fra i due organi sia assicurato un adeguato coordinamento, attraverso meccanismi di trasparenza interna fra i medesimi, come ad esempio lo scambio costante d'informazioni attraverso i c.d. flussi informativi, bensì anche, senza dubbio, mediante leale collaborazione e buona fede.

La difficoltà, evidentemente pratica, di conciliare le due discipline, ha destato non poche perplessità in dottrina⁹⁷, in specie prima dell'integrazione normativa della L. n. 190/2012 e del d.lgs. n. 33/2013 ad opera del D.lgs. n. 97/2016. Dubbi evidentemente fondati, per via dell'anticipazione para-normativa degli obblighi gravanti su tali enti, compiuta dall'ANAC con l'adozione delle linee guida⁹⁸ e in parte ancora esistenti

⁹⁷ G. CAPUTI, *Disciplina anticorruzione e modelli organizzativi ex D.lgs. n. 231/01*, cit.; R. LOMBARDI, *Compliance 231 e misure di risk management: la nouvelle vague della "regolazione responsiva" degli attori pubblici economici*, cit.; G. DI GREGORIO, *Compliance anticorruzione e modelli ex D. Lgs. n. 231/2001*, cit.

⁹⁸ In particolare, è ricordare la deliberazione n. 8 del 2015 ANAC, adottata in assenza di un quadro normativo definito. Si veda, altresì, la circolare n. 1/2014 della Presidenza

per via della pervasività, del grado di dettaglio con cui l'ANAC, ancora oggi, tratteggia gli obblighi gravanti sugli enti di diritto privato, in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione⁹⁹.

Al di là della questione normativa relativa al ruolo svolto dalle linee guida ANAC¹⁰⁰, fondamentale ma su cui non ci si può addentrare, anche perché in parte superata dal dettato normativo, resta tuttavia la difficoltà di gestire quest'area di sovrapposizione fra le due discipline, che pone problemi di carattere pratico ma anche squisitamente giuridico.

Con riguardo al primo profilo, evidenziata la sostanziale analogia del sistema di pianificazione del rischio, funzionale alla procedimentalizzazione dell'attività dell'ente e, dunque, alla specificazione delle regole di condotta da mantenere in relazione allo specifico contesto operativo e gestionale reputato a rischio, pare necessario assicurare un precipuo raccordo fra le due discipline, in relazione alla gestione dell'area di rischio intersecante, ossia del rischio corruzione, evitando che l'ente sia chiamato a una duplicazione di funzioni e di processi organizzativi, come tale inefficiente.

Sebbene la *ratio* sottesa alle due discipline sia differente, se non contrapposta, è evidente che i presupposti da cui gemmano siano in parte comuni – si allude al momento oggettivo della pianificazione organizzativa.

Ragion per cui sarà necessario assicurare il miglior grado d'integrazione possibile fra le due discipline, non già una mera sovrapposizione fra le stesse, dovendo ritenersi comune la strategia ideata dall'ente per la gestione del rischio corruzione, sebbene esso possa inverarsi sia in comportamenti anche solo prodromici alla commissione di un illecito, però dannosi per l'ente – il riferimento è alle attività di pubblico interesse, che consentono un'assimilazione dell'ente alla pubblica amministrazione – oppure in reati, anche solo tentati, commessi a vantaggio o nell'interesse dell'ente medesimo.

Non a caso, l'indicazione normativa è quella di una mera integrazione del Modello 231 con il PTPCT negli enti che lo abbiano adottato, con la precisazione, tuttavia, che sia necessario nominare il responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza, individuandolo in un soggetto diverso dai componenti dell'Organismo di vigilanza.

del Consiglio dei Ministri con cui si è provveduto a instaurare una stretta connessione fra modelli 231 e piani di prevenzione della corruzione ex l. n. 190/2012.

⁹⁹ Sia sufficiente la lettura delle Deliberazioni n. 1134/2017 e n. 859/2019.

¹⁰⁰ In una prospettiva di più ampio respiro, cfr.: A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, Napoli 2021.

Si ritiene, tuttavia, che questa scelta risponda piuttosto a una finalità di semplificazione nella fase di controllo e monitoraggio del rischio di corruzione, legata sostanzialmente ai differenti obblighi gravanti sull'ente in conseguenza dell'applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza. Sia sufficiente pensare alla necessità di riaggiornare il PTPCT annualmente, a differenza del Modello 231, aggiornabile al verificarsi di eventi straordinari, come la modifica della struttura organizzativa dell'ente o in conseguenza di esiti negativi di verifiche condotte dall'Odv, sull'efficacia dei protocolli di condotta e, dunque, dello stesso Modello; o ancora, agli obblighi di interlocuzione del RPCT con l'ANAC¹⁰¹.

Ciò non toglie però, come detto, che la medesima possa essere foriera di complicazioni amministrative.

Alla luce di queste ultime precisazioni, sembra possibile convalidare la tesi della sostanziale uniformazione o assimilazione del sistema di pianificazione del rischio, sia per gli enti privati sia per le pubbliche amministrazioni, al di là delle differenti finalità perseguite dalle due normative, evidentemente destinate a riemergere nel momento del controllo *ab estrinseco*, sia da parte dell'Autorità vigilante sia da parte del Giudice e, dunque, nel momento del sindacato giurisdizionale che, con particolare riferimento all'imputazione della responsabilità da reato dell'ente, pone maggiori profili di complessità.

Infine, un'ultima considerazione pare possibile: l'adozione di una strategia inclusiva di gestione del rischio corruzione negli enti di diritto privato, come visto dovuta alla non rilevanza della natura giuridica dell'ente rispetto all'attività svolta, di pubblico interesse, nonché dalla struttura bilaterale del reato, rende ancora più evidente la tracinazione di regole, e dunque, di doveri pubblicistici, in un soggetto che pubblico non è.

Si allude, in particolare, all'applicazione, ormai obbligatoria¹⁰², della disciplina del c.d. *whistleblowing* anche per tutti gli enti privati che abbiano adottato il Modello 231, nonché alle raccomandazioni – particolarmente invasive, in verità – che l'ANAC offre agli enti privati tenuti all'applicazione della normativa anticorruzione, in materia di rotazione del personale, *pantouflage*, destinate a trovare applicazione nei limiti della compatibilità con le esigenze organizzative dell'impresa e in ossequio al principio di segregazione delle funzioni.

¹⁰¹ Cfr. Deliberazioni n. 329 e 330 del 29 marzo 2017.

¹⁰² Si allude alla L. n. 179 del 30 novembre 2017.

Una trascinazione di regole e principi che si sostanzia in una ibridazione di categorie, accorciando le distanze fra pubblico e privato ogniqualvolta tali soggetti, in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale, siano chiamati a cooperare per il perseguimento di un interesse generale comune.

11. *Dal PNA al Piano Integrato di Attività e Organizzazione (c.d. PIAO): una prospettiva in divenire*

Qualche ultima riflessione sulla perdurante validità del sistema di pianificazione del rischio corruzione deve farsi alla luce delle disposizioni contenute nel PNRR e nel recente Decreto del 9 giugno 2021, n. 80 relativo alle “Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l’efficienza della giustizia”.

Secondo i primi commentatori¹⁰³, le disposizioni normative contenute in tali documenti, lasciano presagire un depotenziamento del c.d. “sistema anticorruzione” e trasparenza, per diverse ragioni, fra cui quella dell’accorpamento del piano anticorruzione in quello che sarà il Piano integrato di attività e organizzazione (c.d. PIAO).

Le maggiori perplessità derivano dal timore di un possibile indebolimento del sistema di vigilanza e di controllo esterno sul piano, affidato come noto all’ANAC, nonché del controllo diffuso da parte dei cittadini, in ossequio alle regole di trasparenza di cui al d.lgs. n. 33/2013, a fronte di un possibile potenziamento di sistemi di controllo interno (c.d. di *audit-compliance*), secondo un disegno ordinamentale che pare profilarsi più centralistico e meno aperto.

In parte veri e fondati i dubbi sollevati dalla dottrina, in particolare con riferimento all’attribuzione al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri della competenza ad adottare un Piano tipo (ossia, il PIAO tipo), scavalcando così quello che era il ruolo dell’ANAC nella fase di redazione del PNA – dubbi che si spera possano essere tenuti a mente dal legislatore nel perfezionamento della disciplina, ancora tutta in divenire – non si può ignorare però il buono che in tale riforma si ritiene di poter intravedere.

¹⁰³ E. CARLONI, *Passi indietro su anticorruzione e trasparenza? Considerazioni a margine del PNRR e del Decreto p.a.*, al sito www.orizzontideldiritto.com

In particolare, ciò che sembra trasparire, è proprio la volontà del legislatore si valorizzare il momento della pianificazione organizzativa all'interno delle pp.aa., come fattore di promozione di una strategia inclusiva e integrata, nella prospettiva di un'evidente razionalizzazione delle risorse umane, economiche, organizzative e gestionali.

Emerge, in maniera cristallina, la spinta verso una managerializzazione del momento organizzativo dell'amministrazione pubblica – nel significato sopra esplicitato – funzionale a garantire la «reingegnerizzazione» della p.a., termine più volte usato dal legislatore nell'art. 6 del richiamato decreto, che presenta una chiara allusione agli strumenti della scienza e della tecnica, non trascurandosi l'importanza dell'uso dell'intelligenza artificiale a supporto della pianificazione inclusiva della strategia amministrativa.

Come dimostrato, il sistema di pianificazione del rischio corruzione non può essere inteso come un "ordinamento sezionale", una materia, un'attività nuova e a sé stante della p.a., che da vita ad autonome strutture burocratiche ed organizzative. Il sistema di pianificazione organizzativa funzionale alla strategia di prevenzione di rischi corruzione, dunque, dopo anni di rodaggio e perfezionamento, deve essere servito come banco di prova per testare la buona organizzazione dell'amministrazione pubblica.

Pertanto, tali disposizioni – forse fiduciarmente, ma si spera non in maniera velleitaria – debbono essere lette come volontà di compiere un salto di qualità nel processo di rigenerazione dell'amministrazione pubblica che, quasi sicuramente, passa attraverso la valorizzazione della funzione di pianificazione organizzativa, così come descritta nel presente studio.

Visione, che spinge a rivalutare fortemente il principio della non neutralità dei modelli organizzativi rispetto alle modalità di svolgimento delle funzioni¹⁰⁴, posto che un sistema organizzativo adeguatamente pianificato è funzionale al miglior perseguimento dell'interesse pubblico, in uno con il soddisfacimento dei bisogni della collettività.

In definitiva, la valorizzazione della pianificazione amministrativa sul modello del c.d. *organization management*, connaturale (*recte*: funzionale) alla prevenzione del rischio corruzione, sembra essere la chiave di lettura per l'inveramento dell'amministrazione del futuro, un'ammini-

¹⁰⁴ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit.; M. MONTEDURO, *Modelli organizzativi e funzione. Il caso dell'Agenzia italiana del farmaco*, Torino 2018.

strazione che deve essere organizzata, trasparente, digitale, non semplicemente al servizio dei cittadini, bensì efficacemente ed efficientemente al servizio dei cittadini¹⁰⁵.

12. *La centralità della pianificazione organizzativa in nome dell'etica della legalità*

Lo studio e l'analisi comparata fra i modelli di organizzazione, gestione e controllo del rischio di reato negli enti privati di cui al d.lgs. n. 231/2001, e i piani triennali di prevenzione della corruzione nella p.a. è servita per dimostrare la rilevanza e la centralità del momento della pianificazione organizzativa in sistemi giuridici apparentemente molto lontani fra loro.

Più in particolare, si è visto che la forte convergenza esistente fra i c.d. modelli 231 di prevenzione del reato e i piani triennali di prevenzione della corruzione nella p.a. dipenda dal perseguimento di una finalità comune: la prevenzione del rischio di reato e, più in particolare, per ciò che più accomuna i due sistemi giuridici, la prevenzione del rischio corruzione.

Ciò a riprova della non neutralità dell'organizzazione rispetto alla funzione che è chiamata a perseguire, sia per gli enti pubblici sia per le *societas*.

Proprio la pervasività e la pregnanza della logica preventiva, rispondente a un interesse certamente non egoistico ma nemmeno pubblico in senso stretto, bensì generale, ossia della collettività indistintamente considerata, ha come effetto primario quello di estendere anche all'ordinamento privatistico (aziendale – societario) l'idea, consolidata nel sistema amministrativo, per cui l'organizzazione abbia natura funzionalizzata, ossia l'idea per cui l'organizzazione assolve allo scopo di imputare gli effetti giuridici dell'attività cui è funzionalizzata¹⁰⁶. Tanto che – lo si è spiegato e dimostrato – l'organizzazione, in entrambi i contesti di riferimento, diviene un sistema di imputazione di effetti giuridici per come definiti dai fini perseguiti.

¹⁰⁵ F. FOLLIERI, *Politica, burocrazia e buon andamento*, in *PA – Persona e amministrazione*, 1/2021, 89 ss.

¹⁰⁶ Così: L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1/2019, in particolare 13 ss. e bibliografia ivi ampiamente richiamata.

Inoltre, in nome dell'etica della legalità, si assiste a un'evidente trascinamento di regole e principi, fra pubblico e privato, con conseguente con-fusione dei modelli organizzativi di riferimento.

In ragione del perseguimento di una finalità comune, espressione di un interesse generale, si assiste a un fenomeno di contaminazione per osmosi fra sistemi che hanno e mantengono, una natura e una qualificazione giuridica differente.

I profili di reciproca influenza fra i due sistemi, che vedono coinvolto il momento della pianificazione organizzativa, infatti, sono stati valorizzati non già per appaiare e appianare supinamente sistemi fra loro divergenti, bensì per coglierne le reciproche influenze, nemmeno troppo sparute, per comprendere se e come esse possano servire a implementare il momento della pianificazione organizzativa in chiave performativa o efficientistica, che dir si voglia, nonché per tracciare eventuali limiti alle spinte di conformazione e torsione fra i modelli organizzativi di riferimento.

Con particolare riferimento al sistema di pianificazione organizzativa in chiave preventiva nelle pp.aa., il processo di contaminazione sistematica sembra effettivamente essere in grado di garantire l'*upgrade* dell'organizzazione pubblica.

La logica della prevenzione mediante la buona organizzazione, infatti, porta a rivalutare fortemente il momento della pianificazione organizzativa, divenendo essa assolutamente centrale per garantire forme più efficienti della funzione, a beneficio dell'intera collettività.

Infatti, proprio le simmetrie metodologiche e le assonanze riscontrate nella strutturazione dei piani triennali di prevenzione della corruzione rispetto ai modelli 231, sembrano aver offerto nuovi elementi di pensiero, su cui forse sarà il caso di riflettere ulteriormente, che sembrano andare a incasellarsi in quella recente teorica che vede, come necessario, un ripensamento delle configurazioni teoriche classiche¹⁰⁷ dell'organizzazione amministrativa¹⁰⁸.

E invero, partendo dall'analisi del dato costituzionale, autorevole

¹⁰⁷ A. PIOGGIA, *Organizzazione amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Vol IV, 2006, 4024 ss.

¹⁰⁸ Così: L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1/2019, 7 ss.; Id., *Costruire e decostruire i concetti dell'organizzazione pubblica. Ragioni di un percorso e tracce per la sua prosecuzione*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1/2021, 7 ss. e più in generale, la sezione monografica (Sezione I) di tale ultima rivista, dedicata al tema.

dottrina ritiene sia doveroso un ripensamento del concetto di organizzazione, non potendo essa intendersi riduttivamente come espressione di una funzione esclusivamente servente allo Stato sovrano, dovendo essa piuttosto dirsi funzionale alla collettività tutta.

Il ripensamento della pianificazione organizzativa come strumento naturalmente funzionalizzato alla prevenzione dell'illegalità valorizza la concezione dell'organizzazione pubblica come funzione della sovranità popolare perché, in uno con il perseguimento efficace dei fini pubblici, essa consente di incrementare la qualità del servizio reso dall'ente o, più in generale, dell'attività svolta, debellando o riducendo cattive prassi amministrative; essa, dunque, permette di potenziare le capacità dell'ente di creare valore per i propri *stakeholders*, anche semplicemente attraverso una maggiore trasparenza dei processi decisionali.

Il dovere di un'organizzazione responsiva, funzionale alla razionalizzazione dei processi decisionali, come visto, diviene altresì garanzia di effettività della cura d'interessi privati coinvolti nella funzione pubblica.

Ciò consente di evitare una inutile burocratizzazione del sistema anticorruzione, dovendo esso dar vita a un sistema organizzativo integrato e sinergico. Il piano di prevenzione della corruzione, come detto, dovrebbe costituire l'atto preliminare da cui gemmano e con cui si coordinano gli ulteriori sistemi di pianificazione, gestione o controllo presenti all'interno dell'organizzazione dell'ente. Tale piano, ben lungi da essere un vuoto contenitore, dovrebbe rappresentare l'atto programmatico per eccellenza della singola amministrazione, uno strumento dinamico, flessibile, contestualizzato, in definitiva, lo strumento che racchiude la migliore sintesi organizzativa e funzionale di quella specifica amministrazione.

La valorizzazione e l'effettiva implementazione della logica della pianificazione organizzativa funzionale al perseguimento dell'etica della legalità ha come obiettivo fondamentale quello di eliminare aspetti disfunzionali imperanti nelle pubbliche istituzioni; pertanto, tale strumento può rivelarsi decisivo per far fronte all'incalzante bisogno di una riorganizzazione amministrativa in chiave efficientistica, trasparente, dinamica e competitiva (come fra l'altro ribadito nel PNRR).

La sentita esigenza di un vero e proprio ripensamento del *modus operandi* delle pubbliche amministrazioni, infatti, è uno dei principali obiettivi di un ambizioso programma di riforma che vede la pubblica amministrazione perno di una strategia di rilancio economico e sociale, intergenerazionale.

Il dovere di cambiamento istituzionale, dunque, diviene opportunità di sviluppo intergenerazionale.

La capacità di adattamento alle sfide intergenerazionali che la p.a. è chiamata a governare e, al contempo, a condurre, impone alla stessa, un cambiamento strutturale che passa, inevitabilmente, attraverso un cammino di riforma e d'innovazione organizzativa, nonché, ancora una volta, attraverso un percorso quasi catartico in funzione dell'affermazione dell'etica della legalità.

Innovazione organizzativa e cultura della legalità, quindi, devono dirsi poli speculari e complementari, fondamenta di un progetto di rigenerazione istituzionale e ordinamentale¹⁰⁹.

Obiettivo, quest'ultimo, che sembra necessariamente presupporre la riorganizzazione della pubblica amministrazione in funzione del perseguimento di un bene comune, dell'intera collettività, ossia il perseguimento dell'etica della legalità.

Ciò non snatura la concezione stessa di amministrazione pubblica, piuttosto la valorizza, perché la funzionalizzazione dell'organizzazione pubblica in direzione dell'etica della legalità è a sua volta strumentale al miglior perseguimento dell'interesse pubblico di cui quell'amministrazione è titolare.

Diversamente, si è visto che l'effetto dell'implementazione della logica della prevenzione mediante organizzazione e l'auto-normazione di regole cautelari e cautelative, impatta pesantemente sull'organizzazione dei soggetti privati, comportando una metamorfosi dell'organizzazione e delle modalità di esercizio dell'attività da parte di quest'ultimi.

In nome dell'etica della legalità, infatti, si assiste a una sostanziale procedimentalizzazione dell'attività anche di soggetti che rispondono a un regime privatistico *tout court*, ossia che esercitano libera attività d'impresa e, pertanto, all'implementazione di regole e principi propri del sistema pubblicistico, *in primis* il principio di trasparenza.

Sebbene l'adozione dei Modelli 231 sia formalmente una scelta volontaria, non si può non riconoscere che gli incentivi, per così dire, che la normativa generale, ma anche quella speciale¹¹⁰, prospetta al privato,

¹⁰⁹ Parlano di «transizione amministrativa»: F. FRACCHIA, F. GOISIS, M. OCCHIENA, M. ALLENA, P. PANTALONE, S. VERNILE nel *Forum Next Generation UE, La transizione amministrativa*, consultabile al sito www.aipda.it.

¹¹⁰ Sia sufficiente pensare alla rilevanza che l'adozione dei Modelli 231 sta via via assumendo nella materia dei contratti pubblici, ad esempio ai fini del *rating* d'impresa,

siano tali per cui, la suddetta opzione venga valutata come conveniente dall'impresa.

Di conseguenza, i privati sono portati ad aderire spontaneamente a regole e principi propri del sistema pubblicistico, così convergendo con il potere pubblico, latamente inteso, nel perseguimento di una utilità pubblica, di interesse generale. Si tratta, però, evidentemente, di una volontà in qualche modo condizionata.

Diversamente, nelle ipotesi in cui i privati esercitano attività d'interesse generale, l'*intentio legis* si disvela: la scelta non è più rimessa alla volontà del soggetto interessato, bensì obbligatoria. In tali casi, dunque, si assiste a una vera e propria chiamata in corresponsabilità del privato nel perseguimento di una finalità d'interesse generale.

Orbene, se il perseguimento dell'etica della legalità nell'attività d'impresa potrebbe giustificarsi attraverso la valorizzazione della logica inclusiva del principio di sussidiarietà orizzontale¹¹¹ da leggersi in combinato disposto con l'art. 41, comma 2, Cost. e più in generale con il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. e di solidarietà sociale, quali valori fondanti dell'ordinamento giuridico, il rischio, inaccettabile, è quello di una fatale spinta in avanti di meccanismi di pubblicizzazione dell'organizzazione e dell'attività di soggetti privati, non potendo trattarsi come pubblici, soggetti che tali non sono, travalicando a cuor leggero i limiti, labili, ma pur sempre esistenti, fra pubblico e privato¹¹².

ossia ai fini della valutazione dell'affidabilità dell'impresa ex art 83, comma 10, e 84 d.lgs. n. 50/2016.

¹¹¹ Cfr. Corte Cost., 20 maggio 2020, n. 131 in cui, seppur con riferimento al terzo settore, si mette in risalto, seguendo una prospettiva innovativa, la dimensione propositiva e inclusiva della sussidiarietà orizzontale, valorizzando la compartecipazione della società civile all'azione amministrativa, nel perseguimento e nella realizzazione di un interesse generale, ordinamentale.

¹¹² G. CORSO, *Diritto pubblico e diritto privato: il confine è mobile ma esiste*, in AA.VV., *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, I, Napoli 2018, 347 ss.; S. CASSESE, *Diritto privato/diritto pubblico: tradizione, mito o realtà?*, consultabile al sito www.romatpress.uniroma3.it.

Michele Barone

RIFLESSIONI SULLA REGOLAZIONE DEL MERCATO
A PARTIRE DALLA NATURA
DEI POTERI SANZIONATORI.
IL “CASO AMAZON”

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La problematica categoria delle sanzioni amministrative *sostanzialmente penali*. – 3. *Segue*. I connotati della sanzione penale. – 4. Autorità amministrative (o) indipendenti? – 5. *Segue*. Indipendenza *in senso debole* e indipendenza *in senso forte*: lo squilibrio di uno *status* da superare. – 6. Il “caso Amazon” come stimolo a riflettere sul futuro della regolazione. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'esigenza di continuare a indagare sulle autorità amministrative indipendenti e sulla loro posizione e funzione nell'ambito del sistema nasce dalla singolare circostanza che, sin dal loro «erompere»¹, abbiano rappresentato una zona d'ombra, largamente accettata, rispetto alla coerenza dei principi “di sistema”. Sembra in altre parole che sin dalle origini tali organismi siano stati considerati intrinsecamente esenti dai principi generali e fondamentali cui sono sottoposti tutti gli altri poteri dello Stato², il che, come detto, viene largamente accettato e spesso dato per presupposto, assunto come dato acquisito.

Ciò sembra sollevare ingenti questioni che, a più di trent'anni dall'avvio della stagione della loro diffusione, appaiono per diversi aspetti ancora insolute. Per questo è ancora – e forse *a maggior ragione* – necessa-

¹ La celebre espressione è di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze 1997.

² Ammesso che tali possano considerarsi: in base alla giurisprudenza costituzionale, esse non potrebbero inquadarsi come “poteri dello Stato”. Sul punto, cfr. A. CELOTTO, F. MODUGNO, *La giustizia costituzionale*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, 4^a ed., Torino 2019, 823.

rio *avventurarsi*³ in una riflessione su di un tema pur così tanto battuto. Perché autorità amministrative deputate alla regolazione del mercato vengono definite ‘indipendenti’? Quali caratteristiche fanno loro meritare tale appellativo? E soprattutto: qual è l’attuale ragion d’essere di tale indipendenza e da quale esigenza scaturisce? In altre parole, è fondata la concezione di una parte della pubblica amministrazione⁴ come apparato *di garanzia*, anziché riconducibile al circuito dell’indirizzo politico e sottoposto, dunque, alle relative forme della responsabilità? Può, tale concezione, considerarsi conforme a Costituzione?

Per tentare di suggerire una risposta a tali interrogativi di fondo è utile partire da un’analisi della natura dei loro poteri sanzionatori che, incidendo, con variabile grado di intensità, sulla sfera dei privati, rappresentano un punto di osservazione privilegiato per verificare se le autorità di regolazione svolgano funzioni che sottendono effettive e particolari esigenze di garanzia. Proprio in materia di poteri sanzionatori si registrano, peraltro, rilevanti novità giurisprudenziali. In particolare, i recenti approdi della giurisprudenza costituzionale in relazione ai criteri di assimilazione tra sanzione amministrativa e sanzione penale producono ricadute anche sull’assetto dei poteri sanzionatori attribuiti alle autorità impegnate nella regolazione del mercato e, di conseguenza, sulla loro posizione nell’ambito del sistema, principale oggetto della riflessione che si intende articolare in questa sede.

A tal riguardo, un utile strumento di analisi è rappresentato dal provvedimento n. 29925/2021 dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che ha disposto una sanzione di oltre un miliardo di euro alla società Amazon per violazione dell’art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea: un provvedimento che, per come è imposta-

³ Pare questo il verbo adatto, alla luce della vastità e complessità del tema, che coinvolge ingenti questioni di fondo afferenti, peraltro, a diverse branche del sapere.

⁴ La natura *formalmente* amministrativa di tali organismi è da tempo pacifica: dopo «un serrato dibattito intorno alla natura amministrativa o meno delle Autorità indipendenti, la l. n. 205 del 2000 [...] ha confermato la natura amministrativa di tali organismi includendo i provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti tra i settori coinvolti nell’accelerazione del processo amministrativo, e sottoponendoli alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo» (G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Introduzione*, in IID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Le autorità amministrative indipendenti*, Padova 2010, 22 s.). In tal senso si era anche pronunciato il Consiglio di Stato: «l’istituzione di Autorità indipendenti risponde all’esigenza di dare corpo ad una funzione amministrativa di garanzia in ragione della quale è configurata l’indipendenza dell’organo», una funzione che, secondo l’attuale ordinamento costituzionale, «è incardinata nella funzione amministrativa» (Sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652).

to e per il rilievo che assume, costituisce uno stimolo ad affrontare alcune questioni di fondo, attuali e pendenti⁵, che riflettono l'irriducibile natura ibrida delle autorità amministrative indipendenti.

2. *La problematica categoria delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali*

Occorre in primo luogo soffermarsi sulla distinzione tra sanzione amministrativa *in senso stretto* e sanzione *sostanzialmente penale*.

A tal fine, come noto, giungono in rilievo i "criteri Engel", che risalgono alla sent. 8 giugno 1976, *Engel e al. v. Paesi Bassi* della Corte EDU⁶, a partire dalla quale si è consolidato l'orientamento per cui la qualificazione formale che l'ordinamento di uno Stato aderente alla CEDU attribuisce ad una sanzione «non è decisiva ai fini dell'applicabilità del profilo penale dell'art. 6 della Convenzione, in quanto le indicazioni fornite dal diritto interno hanno valore relativo»⁷. Ai fini della qualificazione di una sanzione conta, dunque, più la sostanza che la forma⁸.

Quali sono insomma le implicazioni di una sua eventuale qualificazione penalistica?

La Corte costituzionale ha recentemente rivisto la propria posizione in relazione alla menzionata giurisprudenza della Corte EDU, proprio in relazione agli *effetti* della riconducibilità di una sanzione formalmente amministrativa alla "materia penale".

Prima di tale mutamento, la loro portata risultava incerta e comunque di relativa importanza. La Corte, infatti, aveva sostenuto che «l'attrazione di una sanzione amministrativa nella materia penale in virtù dei "crite-

⁵ Cfr. F. CINTIOLI, *Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli e le autorità amministrative indipendenti, ieri e oggi*, in *Federalismi.it*, n. 12/2019, 2 s.

⁶ Spec. §§ 81 e 82.

⁷ Cfr., su questo, Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Öztürk v. Germania*, § 52, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 894, con nota di C.E. PALIERO, «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione «classica» e una svolta radicale. Al riguardo cfr., anche, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli 2012, 48 ss.; F. GOISIS, *Verso una nuova sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 337.

⁸ Quest'orientamento è stato poi esteso oltre l'ambito prettamente militare cui era riferita la citata sentenza del 1976 e confermato anche di recente, nella sent. "Grande Stevens contro Italia" (C. eur. dir. uomo, Seconda Sezione, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, ric. n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010, § 94).

ri Engel” [trascinasse] con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalla CEDU, come elaborate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo»⁹. In base a tale orientamento, dunque, rispetto alle sanzioni formalmente amministrative ma *sostanzialmente penali* opererebbero le “sole” garanzie offerte dagli artt. 6 e 7 della CEDU.

Questo assunto appare in contrasto, in primo luogo, con la circostanza che gli artt. 6 e 7 della CEDU non sanciscano principi significativamente deficitari rispetto a quelli affermati dall’ordinamento interno. Infatti, in essi sembrerebbero da ricomprendersi non soltanto il principio di legalità, ma anche i suoi *corollari* che, in materia penale, sono i principi di tassatività e determinatezza¹⁰ e il divieto di analogia; si rinvie, inoltre, anche la *riserva di giurisdizione*, vista la sua inscindibilmente connessione con il principio del giusto processo (v. *infra*). Nonostante ciò, la Corte costituzionale, sulla base dell’astratta tesi di un “doppio binario” di garanzia, ha invece operato sofisticati e discutibili distinguo, escludendo ad esempio l’art. 30, comma 4, della legge n. 87/53¹¹ (sent. n. 43/2017), ovvero la riserva di giurisdizione (sent. n. 49/2015), dal novero delle garanzie relative alle sanzioni amministrative a carattere penale ai sensi della CEDU.

Questa impostazione, in secondo luogo, non appare ragionevole né coerente con il dettato costituzionale. Com’è stato persuasivamente affermato, infatti, la differenziazione tra sanzioni sostanzialmente penali e sanzioni penali in senso stretto ai fini dello statuto delle garanzie (le

⁹ Sent. n. 68/2021, punto 2.3 cons. in dir., in riferimento all’orientamento espresso nella precedente sent. n. 43/2017. Sul punto, cfr. M.C. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa sostanzialmente penale: per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 21 marzo 2017; A. CHIBELLI, *L’illegittimità sopravvenuta delle sanzioni sostanzialmente penali e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale*, *ivi*, 3 aprile 2017. In senso critico, v. E. BINDI, A. PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 27 novembre 2019.

¹⁰ V. ord. n. 24/2017.

¹¹ «Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali». È vero che questa garanzia non è esplicitamente prevista dalle norme CEDU: ciò tuttavia sembra riconducibile non ad una differenza di impostazione sostanziale tra la Convenzione e la Costituzione in merito alle garanzie che devono presiedere al potere sanzionatorio in ambito penale, bensì al dato “fattuale” della estrema eterogeneità dei sistemi di giustizia costituzionale degli stati aderenti, che non consente di fissare norme generali in materia di effetti delle declaratorie di incostituzionalità sull’esecuzione delle sentenze di condanna.

prime, coperte soltanto da quelle della CEDU, le seconde, invece, da tutte le garanzie, qualunque ne sia la fonte) «non è rinvenibile, in verità, in nessuna norma o principio costituzionale. Le sanzioni possono essere o penali o amministrative spettando alle une determinate garanzie e alle altre talune differenti (ad esempio le garanzie di partecipazione al procedimento amministrativo che, come noto hanno caratteristiche assai diverse dalle garanzie del processo) ma non esiste, in primo luogo a livello costituzionale, una categoria “ibrida” alla quale attribuire alcune garanzie e non altre. Infatti, se l’ordinamento interno considera una sanzione sostanzialmente penale, ad esse debbono spettare tutte le garanzie che l’ordinamento interno e sovranazionale prevede per quel tipo di sanzione»¹².

La recente evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia sembra orientata in questa direzione. Con la sent. 68/2021, la Corte ha infatti superato – in modo esplicito o implicito, come si vedrà – qualsiasi distinzione in relazione allo statuto delle garanzie.

Con specifico riferimento all’applicabilità dell’art. 30, comma 4, della legge n. 87/53 anche alle sanzioni amministrative a carattere penale¹³, la Corte ha affermato che la situazione attuale risulta mutata rispetto a quella del tempo in cui l’aveva negata. Invero, argomenta la Corte, a seguito della sent. n. 88/2019 – con cui è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale della sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente¹⁴ – si è consolidata una giurisprudenza di legittimità, che in passato risultava episodica e oscillante, tesa ad estendere l’applicabilità del citato art. 30 anche alle sanzioni amministrative *sostanzialmente penali*¹⁵. La Corte

¹² A. PISANESCHI, *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4/2021, 268 s.

¹³ La sanzione che giunge in rilievo, nella sent. n. 68/2021, è quella della revoca della patente (v. nota seguente).

¹⁴ Prevista, per i casi di condanna o di patteggiamento della pena in relazione ai reati di omicidio stradale e di lesioni personali stradali gravi o gravissime, dall’art. 222, comma 2, quarto periodo, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), come modificato dall’art. 1, comma 6, lettera b), numero 1), della legge 23 marzo 2016, n. 41 (Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali, nonché disposizioni di coordinamento al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274).

¹⁵ La Corte sottolinea che la sent. n. 43/2017 era stata emessa «in un panorama nel quale la [...] pronuncia del giudice di legittimità» (Corte di cassazione nell’ordinanza 10 novembre 2014-15 gennaio 2015, n. 1782), in cui si sosteneva l’applicabilità dell’art. 30 citato alle sanzioni amministrative aventi natura penale ai sensi dei criteri Engel, «appariva isolata e in contrasto con una – sia pur remota e altrettanto isolata – decisione della Corte

significativamente evidenza che, a seguito della sent. n. 43/2017, «il processo di assimilazione delle sanzioni amministrative “punitive” alle sanzioni penali, quanto a garanzie costituzionali, ha [...] conosciuto nuovi e rilevanti sviluppi, tali da rendere non più attuali le affermazioni contenute in tale pronuncia»¹⁶ allineandosi, sulla base di ciò, alla posizione della giurisprudenza di legittimità.

Se dunque si riconosce in modo esplicito l'applicabilità alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali (ai sensi dei “criteri Engel”) persino di una delle eccezionali e specifiche forme di garanzia non previste anche dagli artt. 6 e 7 della CEDU¹⁷, sembra fondata l'ipotesi che or-

di cassazione civile (Corte di cassazione, sezione terza civile, sentenza 20 gennaio 1994, n. 458). La situazione appare però ora mutata, per effetto della giurisprudenza formatasi proprio sullo specifico problema oggetto del giudizio a quo: quello, cioè, della legittimazione del giudice dell'esecuzione a modificare la statuizione della sentenza irrevocabile di condanna relativa alla revoca della patente, per adeguarla alla sentenza n. 88 del 2019» (sent. n. 68/2021, punti 4.1 e 4.2 del cons. in dir.).

¹⁶ C. cost., sent. n. 68/2021, punto 7 del cons. in dir. Oltre all'evoluzione della giurisprudenza di legittimità, la Corte sottolinea (*ibidem*) di aver compiuto essa stessa passi avanti nel senso del processo di “assimilazione”: superando «precedenti decisioni di segno contrario, questa Corte ha ormai esteso alle sanzioni amministrative a carattere punitivo – in quanto tali (indipendentemente, cioè, dalla caratura dei beni incisi) – larga parte dello “statuto costituzionale” sostanziale delle sanzioni penali: sia quello basato sull'art. 25 Cost. – irretroattività della norma sfavorevole (sentenze n. 96 del 2020, n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017; nonché, a livello argomentativo, sentenze n. 112 del 2019 e n. 121 del 2018; ordinanza n. 117 del 2019), determinatezza dell'illecito e delle sanzioni (sentenze n. 134 del 2019 e n. 121 del 2018) – sia quello basato su altri parametri, e in particolare sull'art. 3 Cost. – retroattività della lex mitior (sentenza n. 63 del 2019), proporzionalità della sanzione alla gravità del fatto (sentenza n. 112 del 2019). Di rilievo, agli odierni fini, appare soprattutto la sentenza n. 63 del 2019, con cui questa Corte ha esteso alle sanzioni amministrative “punitive” il principio di retroattività della lex mitior, ritenendo tale operazione «conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi, sulla base dell'art. 3 Cost., in ordine alle sanzioni propriamente penali», la quale «[...] impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'abolitio criminis o la modifica mitigatrice» (sentenza n. 394 del 2006)». Laddove, infatti, «la sanzione amministrativa abbia natura “punitiva”, di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicar[la] [...], qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento. E ciò salvo che sussistano ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale, tali da resistere al medesimo “vaglio positivo di ragionevolezza”, al cui metro debbono essere in linea generale valutate le deroghe al principio di retroattività in mitius nella materia penale» (sentenza n. 63 del 2019)».

¹⁷ Per le ragioni esposte *supra*, nota 15.

mai, secondo la giurisprudenza costituzionale, esista un unico “statuto integrato” della sanzione penale, che include tutte le garanzie disposte dall’ordinamento nazionale, internazionale e sovranazionale, in una nuova prospettiva “monista”. Può pertanto riscontrarsi un chiaro *revirement* in relazione al “doppio binario” di garanzia: per tutte le sanzioni penali (sia per quelle “in senso stretto” che per quelle che lo sono soltanto dal punto di vista sostanziale) vige un unico statuto “integrato”¹⁸.

In tale ottica, il «processo di assimilazione delle sanzioni amministrative “punitive” alle sanzioni penali», così definito dalla Corte nella sent. n. 68/2021, non riguarderebbe la sola applicabilità della garanzia dell’art. 30, comma 4, l. n. 87/1953, ma avrebbe, invece, portata sistemica¹⁹: quando una sanzione è da considerarsi “sostanzialmente penale” presenta una natura tale da richiedere i medesimi livelli di garanzia che connotano la sanzione penale. Pertanto, una distinzione tra garanzie “essenziali” e garanzie “accessorie” (e cedevoli) non potrebbe fondarsi su alcun criterio ragionevole.

Tra tali garanzie, quella del “giusto processo” merita un supplemento di riflessione²⁰. Non sembra condivisibile quanto affermato dalla Corte

¹⁸ Se «l’ordinamento in materia penalistica deve considerarsi come un ordinamento integrato, è implicito che non possono graduarsi le garanzie distinguendo tra garanzie costituzionali e garanzie CEDU. Entrambe, infatti, contribuiscono a formare quello statuto che caratterizza la sanzione penale (e quindi anche la sanzione amministrativa sostanzialmente penale). Se dunque le premesse erano già esistenti nella sentenza n. 63 del 2019, le conseguenze finali sono state però completamente esplicitate in questa sentenza e sono assai rilevanti: tutte le sanzioni sostanzialmente penali alla luce dei criteri *Engel* dovranno godere delle garanzie costituzionali in tema di legalità, determinatezza, riserva di legge, divieto di retroattività e anche retroattività favorevole (anche se tale principio non deriva da una norma costituzionale espressa ma da una interpretazione giurisprudenziale dell’art. 3), giusto processo» (A. PISANESCHI, *op. ult. cit.*, 270). Si sarebbe così operata quella «saldatura tra il concetto di sanzione penale a livello nazionale e quello a livello europeo» che la Corte nella sent. n. 49/2015 aveva chiaramente negato (punto 6 cons. in dir.).

¹⁹ *Ivi*, 263. Le conclusioni cui giunge la Corte nella sent. n. 68/2021 con riferimento specifico all’estensibilità della garanzia di cui all’art. 30, comma 4, l. 87/53 sono state inoltre confermate dalla sent. n. 185/2021 in un contesto tutt’affatto diverso (sanzione amministrativa pecuniaria e operatività dei principi generali riguardanti lo statuto della sanzione penale).

²⁰ Ciò, anche sulla base del presupposto che, in merito alle sanzioni, la consolidata giurisprudenza della Corte «ha posto da tempo in luce come la “mobilità” (sentenza n. 67 del 1963), o “individualizzazione” (sentenza n. 104 del 1968), della pena – tramite l’attribuzione al giudice di un margine di discrezionalità nella sua commisurazione all’interno di una forbice edittale, così da poterla adeguare alle particolarità della fattispecie concreta – costituisca “naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordi-

nella sent. n. 49/2015, secondo cui una sanzione penale può anche essere emessa da un'autorità amministrativa, purché vi sia un procedimento idoneo ad accertare la responsabilità dell'imputato²¹. Infatti, non è una qualunque responsabilità che va accertata, per la quale un procedimento vale l'altro, bensì una responsabilità *penale*, per l'accertamento della quale è indispensabile un processo *penale*, con le garanzie che connotano tutti i procedimenti giurisdizionali (presenza di un *giudice*, terzo e imparziale) e con le peculiari garanzie contraddistinguono il *processo* penale, come ad esempio la regola di giudizio dell'«oltre ogni ragionevole dubbio».

Insomma, non c'è processo *giusto* senza giudice terzo e imparziale, elemento coesistente a tale garanzia (oltre che esplicitamente richiesto dagli artt. 6 della CEDU e 111 Cost. e, con specifico riferimento alle misure che incidono specificamente sulla libertà personale, dall'art. 13 Cost.) che, come si tenterà di argomentare anche nel prosieguo, un'autorità *amministrativa* non è *in nessun caso* in grado di assicurare; né c'è processo *penale* giusto senza tutte le ulteriori garanzie che connotano il solo processo (formalmente) penale.

Per questo, quando la Corte EDU parla di «dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato» e del fatto che «non si può avere una pena senza l'accertamento

ne generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale» (sentenza n. 50 del 1980), al lume dei quali «l'attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l'uniformità» (così, ancora, la sentenza n. 104 del 1968)» (C. cost., sent. n. 185/2021, punto 6 cons. in dir.). Se, pertanto, con riferimento alla norma incriminatrice sostanziale operano, a garanzia dell'imputato, anche i principi di tassatività e determinatezza, con riferimento alla commisurazione della sanzione pare che la garanzia principale sia costituita proprio dalla riserva di giurisdizione.

²¹ Che «sia proprio l'accertamento di responsabilità a premere al giudice europeo è ben argomentabile sulla base sia del testo, sia del tenore logico della motivazione svolta con la pronuncia Varvara. Qui si sottolinea, infatti, che l'art. 7 della CEDU esige una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato (paragrafo 71), poiché non si può avere una pena senza l'accertamento di una responsabilità personale (paragrafo 69). Non è in definitiva concepibile un sistema che punisca coloro che non sono responsabili (paragrafo 66), in quanto non dichiarati tali con una sentenza di colpevolezza (paragrafo 67). Simili espressioni, linguisticamente aperte ad un'interpretazione che non costringa l'accertamento di responsabilità nelle sole forme della condanna penale, ben si accordano sul piano logico con la funzione, propria della Corte EDU, di percepire la lesione del diritto umano nella sua dimensione concreta, quale che sia stata la formula astratta con cui il legislatore nazionale ha qualificato i fatti» (punto 6.2 cons. in dir.).

di una responsabilità personale», l'unico procedimento cui pare ragionevolmente possa riferirsi è quello *penale*²².

Alla luce di ciò, sembra, dunque, che in virtù della sent. n. 68/2021 debba intendersi superato anche l'orientamento espresso nella sent. n. 49/2015, in base al quale non era indispensabile che l'emissione di una sanzione penale fosse riservata alla funzione giurisdizionale.

Potrebbe obiettarsi che, così opinando, l'ambito dell'illecito amministrativo e quello dell'illecito penale verrebbero a confondersi, determinando «un definitivo assorbimento dell'illecito amministrativo nell'area di ciò che è penalmente rilevante»²³. Questo argomento non appare persuasivo. Può anzi sostenersi che i confini tra i due ambiti sarebbero *chiariti*, venendo meno quel “*tertium genus*” che attingeva in parte allo statuto della sanzione amministrativa, in parte a quello della sanzione penale²⁴.

²² Non vale, in senso contrario, argomentare che è «principio consolidato che la “pena” può essere applicata anche da un'autorità amministrativa, sia pure a condizione che vi sia facoltà di impugnare la decisione innanzi ad un tribunale che offra le garanzie dell'art. 6 della CEDU, ma che non esercita necessariamente la giurisdizione penale (da ultimo, sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia, con riferimento ad una sanzione reputata grave). Si è aggiunto che la “pena” può conseguire alla definizione di un procedimento amministrativo, pur in assenza di una dichiarazione formale di colpevolezza da parte della giurisdizione penale (sentenza 11 gennaio 2007, Mamidakis contro Grecia)» (sent. n. 49/2015, punto 6.1 cons. in dir.).

Infatti, ammesso che non si ritenga necessario che le garanzie che presiedono alla sanzione penale sussistano in ogni momento (accettando che ciò non sia per tutto il tempo in cui il procedimento sanzionatorio e la sua esecuzione non sono ancora conosciuti da un giudice) – il che pare di per sé discutibile – resta comunque il fatto che il processo civile e quello amministrativo non presentano le stesse garanzie di quello penale, anzitutto sotto il profilo della regola di giudizio. Inoltre, anche se si affermasse che nei casi in cui giunge alla cognizione di un giudice civile o amministrativo una sanzione sostanzialmente penale questi deve applicare la regola dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*, resta pur sempre il fatto che l'attivazione di un procedimento giurisdizionale avente ad oggetto la condotta sanzionata dall'amministrazione è puramente *eventuale*, poiché subordinata al ricorso del sanzionato avverso il provvedimento amministrativo, in mancanza del quale esso è autonomamente esecutivo. Ammettere ciò equivarrebbe a considerare come *disponibili* le garanzie connesse al sistema penale, il che sarebbe come affermare che un imputato può rinunciare alle garanzie del processo penale.

Alla luce di ciò, pare che la posizione più convincente sia di considerare pienamente vigente la riserva di giurisdizione.

²³ Cfr., da ultimo, C. cost., sent. n. 68/2017, punto 7 cons. in dir.

²⁴ Il nuovo orientamento della Corte, teso ad applicare tutte le garanzie della pena alla sanzione amministrativa definita sostanzialmente penale, non implica una confusione tra illecito amministrativo e illecito penale, minando l'autonomia del primo dal diritto penale (richiesta dalla sent. n. 49/2015), anzi, al contrario, ha l'effetto di chiarire meglio i confini tra i due illeciti, rimuovendo ambiguità pregresse. La nuova giurisprudenza, infatti, sembra separare nettamente illecito amministrativo e illecito penale: salva la discre-

La categoria della “sanzione *amministrativa* sostanzialmente penale” si tramuta così in una contraddizione in termini, poiché tutte le garanzie debbono vigere, compresa la riserva di giurisdizione.

Pare utile precisare, inoltre, che – come afferma la stessa Corte nella sent. n. 49/2015, in un passaggio non interessato dal *revirement* – sarebbe erroneo ritenere che le sanzioni che la Corte EDU considera sostanzialmente penali debbano essere necessariamente considerate tali anche nell’ambito dell’ordinamento interno.

A tal proposito, occorre in primo luogo osservare come la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sia da ritenersi vincolante per il giudice interno soltanto se *consolidata*²⁵. In secondo luogo, anche in tale evenienza, c’è sempre la via del giudizio di legittimità costituzionale per censurare norme CEDU che si ponessero in contrasto con la Costituzione italiana²⁶.

In altre parole, con la sent. n. 68/2021 non sembra che la Corte abbia

zionalità del legislatore nell’individuazione delle condotte da criminalizzare (sottoposta ai principi di ragionevolezza e non arbitrarietà), una volta operata questa scelta egli deve essere *conseguente*, punendo gli illeciti amministrativi attraverso una sanzione *amministrativa*, e quelli penali attraverso una sanzione *penale*. Sulla natura della sanzione il legislatore è vincolato al rispetto dei criteri della giurisprudenza Engel che, però, essendo piuttosto generici, sono suscettibili di essere riempiti di contenuto dal giudice italiano, anche in contrasto con la specifica giurisprudenza della Corte EDU (nei termini che si vedranno *infra*). Insomma, quando il legislatore decide, nella sua discrezionalità, di rendere illecita una condotta e di punirla attraverso una sanzione, può scegliere se inquadrala come illecito amministrativo ovvero come illecito penale. Una volta operata questa scelta, è tuttavia tenuto alla *coerenza*: piena applicazione delle garanzie previste dallo *statuto della sanzione amministrativa*, per le sanzioni di tal fatta (cfr., sul tema, la fondamentale opera di M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli 1983), e applicazione altrettanto piena dello *statuto della sanzione penale*, per le corrispondenti sanzioni. Sembra questa una posizione che chiarisce, anziché confonderli, i confini tra illecito amministrativo e reato, consolidandone la reciproca autonomia.

²⁵ «Come questa Corte ha avuto recentemente occasione di affermare infatti è da respingere l’idea che l’interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo» (C. cost., sent. n. 63/2019, punto 6.2 cons. in dir. n. 6.2, su cui v. il commento di M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019).

Sul punto cfr. altresì C. cost., sent. n. 68/2017, punto 7 cons. in dir.: «in secondo luogo, è parimenti da respingere l’idea che l’interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo. Al contrario, «[l]’applicazione e l’interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri» (sentenze n. 49 del 2015 e n. 349 del 2007)».

²⁶ Sulla base della giurisprudenza ormai consolidata della Corte costituzionale (v., in particolare, le note “sentenze gemelle”, nn. 348 e 349/2007).

affermato che i giudici interni hanno il dovere di osservare pedissequamente la giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa alle concrete tipologie di sanzioni da considerarsi sostanzialmente penali, bensì “soltanto” che, qualora una sanzione amministrativa venga ritenuta “penale” dal giudice (ai sensi dei criteri Engel) – sulla base del suo *libero apprezzamento* formatosi mediante l’utilizzo delle ordinarie tecniche ermeneutiche –, debbono vigere tutte le garanzie previste per quelle “formalmente” penali: dal che deriva, come detto, l’illegittimità di tutte le sanzioni definite penali soltanto dal punto di vista “sostanziale”, per violazione, se non altro, della riserva di giurisdizione.

Alla luce di ciò, sarebbe dunque infondato il timore che accogliendo tali conclusioni l’ambito di discrezionalità del legislatore in materia di politica criminale risulterebbe oltremodo compresso. Egli, infatti, rimane libero di scegliere quali condotte sanzionare penalmente (nei limiti, è ovvio, dei principi che rilevano a questi fini). Il legislatore, invece, non è libero di espungere dalla disciplina di un illecito *penale* alcuna delle garanzie previste dall’ordinamento interno, internazionale e sovranazionale per questo tipo di sanzioni.

I “criteri Engel”²⁷, in definitiva, sembrano essere principalmente indirizzati ad impedire le *elusioni* dello “statuto della sanzione penale”: il processo di depenalizzazione o la scelta di prevedere un nuovo illecito amministrativo non possono rappresentare la via per una criminalizzazione surrettizia – e priva delle dovute forme di garanzia dei destinatari dei provvedimenti sanzionatori – della condotta illecita²⁸. La giurisprudenza della Corte, superate le incertezze del passato, appare oggi chiaramente in linea con questi principi, che pertanto dovrebbero considerarsi dotati di copertura costituzionale.

3. *Segue.* I connotati della sanzione penale

Quando, allora, una sanzione può essere considerata *penale*? Posso-

²⁷ Che oggi, anche sulla base del nuovo orientamento della Corte, sembrerebbero da intendersi “costituzionalizzati”.

²⁸ Come rilevato nella sent. n. 68/2021 (punto 7 cons. in dir.), una sanzione amministrativa può spesso essere molto più afflittiva di una penale. Si tratta, però, di una *distorsione*, che non può più considerarsi legittima: la Corte costituzionale, con la sent. n. 68/2021, sembra aver finalmente tratto, con chiarezza, le logiche conseguenze dalla “giurisprudenza Engel”.

no ritenersi convincenti le conclusioni cui giunge la Corte nella sent. n. 68/2021, in base alle quali sarebbe la *finalità punitiva tout court* a contraddistinguere la sanzione penale rispetto alla sanzione amministrativa, prevalentemente connotata invece da una *finalità preventiva*?

Aderendo *in toto* a questa impostazione si finirebbe in effetti per ampliare oltremodo l'ambito della "materia penale", concretizzando in definitiva quegli stessi timori che, fino al recente *revirement*, avevano portato la Corte a negare la piena applicabilità dello "statuto della sanzione penale" a quelle che lo fossero solo da un punto di vista sostanziale. Invero, così argomentando, sanzioni anche dall'afflittività assai modesta sarebbero da ricondurre all'ambito penale in virtù della mera finalità punitiva²⁹.

Pare allora necessario un *quid pluris*: il divieto per il legislatore di prevedere una data sanzione "punitiva" come conseguenza di un illecito amministrativo sembra debba insorgere solo quando essa si presenti come *gravemente afflittiva*. Solo in tale evenienza, infatti, sussisterebbe l'irrinunciabile esigenza della piena operatività delle massime garanzie

²⁹ Cfr. C. cost., sent. n. 49/2015, che così respingeva le argomentazioni dei rimettenti: il «primo fraintendimento imputabile ai giudici a quibus verte sul significato che essi hanno tratto dalla sentenza della Corte di Strasburgo [...]. La Corte europea, in definitiva, avrebbe affermato che, una volta qualificata una sanzione ai sensi dell'art. 7 della CEDU, e dunque dopo averla reputata entro questo ambito una "pena", essa non potrebbe venire inflitta che dal giudice penale, attraverso la sentenza di condanna per un reato. Per effetto di ciò, la confisca urbanistica, che fino ad oggi continuava ad operare sul piano interno a titolo di sanzione amministrativa, irrogabile anzitutto dalla pubblica amministrazione, pur con l'arricchimento delle garanzie offerte dall'art. 7 della CEDU, sarebbe stata integralmente riassorbita nell'area del diritto penale, o, per dirlo in altri termini, alle tutele sostanziali assicurate dall'art. 7 si sarebbe aggiunto un ulteriore presidio formale, costituito dalla riserva di competenza del giudice penale in ordine all'applicazione della misura a titolo di "pena", e perciò solo unitamente alla pronuncia di condanna. Ne seguirebbe un corollario: l'illecito amministrativo, che il legislatore distingue con ampia discrezionalità dal reato (ordinanza n. 159 del 1994; in seguito, sentenze n. 273 del 2010, n. 364 del 2004 e n. 317 del 1996; ordinanze n. 212 del 2004 e n. 177 del 2003), appena fosse tale da corrispondere, in forza della CEDU, agli autonomi criteri di qualificazione della "pena", subirebbe l'attrazione del diritto penale dello Stato aderente. Si sarebbe così operata una saldatura tra il concetto di sanzione penale a livello nazionale e quello a livello europeo. Per effetto di ciò» – ed ecco che emergono i timori della Corte – «l'area del diritto penale sarebbe destinata ad allargarsi oltre gli apprezzamenti discrezionali dei legislatori, *persino a fronte di sanzioni lievi*, ma per altri versi pur sempre costituenti una "pena" ai sensi dell'art. 7 della CEDU (Grande Camera, sentenza 23 novembre 2006, Jussila contro Finlandia)» (corsivo non testuale). Si è già evidenziato *supra* come si potrebbe così opinare solo partendo dall'erroneo presupposto della vincolatività assoluta della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di sanzioni da considerarsi sostanzialmente penali. Sembra che però tali timori possano concretizzarsi anche considerando *penali* tutte le sanzioni *punitive*. Subito appresso si metterà dunque in discussione questo assunto.

nei confronti dell'esercizio del potere sanzionatorio, quelle previste appunto dallo "statuto della sanzione penale"³⁰.

Si pone, a tal punto, la questione dell'individuazione dei criteri per il riconoscimento del grado di afflittività sufficiente affinché la sanzione possa considerarsi penale³¹. Ebbene, a tali fini, sembrerebbe necessario – come meglio si argomenterà nel paragrafo seguente – che la sanzione punitiva incida sull'esercizio di un diritto fondamentale attinente alla *sfera della persona*: oltre alla libertà personale, che è in ultima istanza sempre interessata dalla sanzione penale³², si pensi ad esempio alla libertà di circolazione o al diritto al lavoro, alla libertà di domicilio.

³⁰ Questo, d'altronde, sembra in linea proprio con la sentenza Engel summenzionata: «La natura intrinseca dell'illecito è un fattore di maggior importanza. Quando un militare si ritrova accusato di un atto o di un'omissione che in tesi violano le regole che governano l'attività delle forze armate, lo Stato può in linea di principio impiegare contro di lui il diritto disciplinare invece che quello penale. Sotto questo profilo, la Corte concorda con il Governo. Tuttavia, il sindacato della Corte non si ferma qui. Tale sindacato risulterebbe in linea generale illusorio se non prendesse anche in considerazione il livello di severità della sanzione che l'accusato rischia di subire. In una società conformata al principio di legalità, appartengono alla sfera del diritto penale tutte le privazioni della libertà che siano applicate quali sanzioni, con l'eccezione di quelle che per natura, durata o modalità di esecuzione *non siano significativamente afflittive*» (corsivo aggiunto).

Ciò trova conferma anche nel recente orientamento della Corte di cassazione, che ha ritenuto «utilizzabili i noti parametri Engel, tratti dalla sedimentata giurisprudenza di Strasburgo, per cui la sanzione può essere definita penale – al di là del *nomen* attribuito dal legislatore interno – in rapporto all'analisi concreta delle finalità perseguite e del grado di afflittività, nel senso che lì dove risulti prevalente la finalità punitiva (rispetto a quella preventiva) o lì dove *risulti particolarmente elevato il grado di afflittività*, la misura in questione va attratta nel cono delle garanzie penalistiche» (sezione prima penale, sentenza 14 novembre 2019-17 gennaio 2020, n. 1804 – corsivo aggiunto – richiamata anche successivamente da Corte di cassazione, sezione feriale penale, sentenza 20-24 agosto 2020, n. 24023; sezione prima penale, sentenza 3 marzo-10 giugno 2020, n. 17834; sezione prima penale, sentenza 20 febbraio-9 giugno 2020, n. 17508; sezione prima penale, sentenza 20 febbraio-9 giugno 2020, n. 17506; sezione prima penale, 26 febbraio-30 aprile 2020, n. 13451).

³¹ Trattasi, infatti, di una clausola generale, che va riempita di contenuto alla luce dei principi generali e fondamentali dell'ordinamento. Sul tema v., *ex plurimis*, F. PEDRINI, "Le clausole generali". *Profili teorici e aspetti costituzionali*, Rastigliano (BO) 2013; M. LUCIANI, *Certeza del diritto e clausole generali*, in *Questioni di giustizia*, n. 1/2020, 67 ss.; E. SCODITTI, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, *ivi*, 60 ss.; G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, in AA.VV., *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale*, Napoli 2007, vol. I; T. MARTINES, *Concetti indeterminati e attività interpretativa della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna 1969; P. RESCIGNO, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, n. 1-2/1998; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Milano 1987.

³² La sanzione penale «si caratterizza sempre per la sua incidenza, attuale o poten-

La sanzione, inoltre, dovrebbe essere idonea a colpire il diritto *in modo significativo*³³: non sembra il caso, ad esempio – a differenza di quanto sostenuto dalla Corte di Strasburgo³⁴ –, della decurtazione dei punti dalla patente di guida: tale sanzione non è infatti idonea a limitare la libertà di circolazione neanche per un brevissimo lasso di tempo, e dunque non rende necessaria la piena operatività delle garanzie previste per le sanzioni penali³⁵.

Alla luce di ciò, parrebbero pertanto escluse dal novero delle sanzioni penali quelle che colpiscono la sfera patrimoniale, se non in quanto incidenti indirettamente su altri diritti attinenti alla sfera della persona³⁶. Questa conclusione, in contrasto con la prevalente giurisprudenza amministrativa in materia di potere sanzionatorio (in particolare dell'AGCM e dell'IVASS³⁷), appare invece più affine a quella della giurisprudenza

ziale, sul bene della libertà personale (la stessa pena pecuniaria potendo essere convertita, in caso di mancata esecuzione, in sanzioni limitative della libertà personale stessa), incidenza che è, invece, sempre esclusa per la sanzione amministrativa» (sent. n. 223/2018).

³³ Ad eccezione della libertà personale, per la quale, in virtù dell'art. 13 Cost., vige una riserva di giurisdizione *assoluta*.

³⁴ Corte EDU, sentenza 5 ottobre 2017, Varadinov contro Bulgaria; sentenza 23 settembre 1998, Malige contro Francia; analogamente, sentenza 6 ottobre 2011, Wagner contro Lussemburgo.

³⁵ La stessa Corte costituzionale sembra suggerire indirettamente un criterio di delimitazione dell'ambito penale simile a quello proposto in questa sede, allorché si riferisce ai lavori preparatori che hanno condotto all'approvazione dell'art. 30, comma 4, della l. n. 87/1953, relativo al travolgimento degli «effetti penali» in caso di declaratoria di illegittimità costituzionale: «si tratta di regola suggerita dalle peculiarità della materia considerata e dalla gravità con cui le sanzioni penali incidono sulla libertà personale o su altri interessi fondamentali dell'individuo. In omaggio al favor libertatis e al favor rei, il legislatore ha inteso conferire alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice effetti analoghi a quelli derivanti dal fenomeno dell'abolitio criminis, di cui all'art. 2, secondo comma, del codice penale, ossia la retroattività favorevole illimitata, che implica il travolgimento del giudicato» (Sent. n. 68/2021, punto 2.1 cons. in dir.).

³⁶ In tal senso A. PISANESCHI, *op. ult. cit.*, spec. nota 4: la «gravità della sanzione [...] dipende da una valutazione sia soggettiva che oggettiva. Inoltre, il principio di gravità, per quelle sanzioni che hanno un contenuto essenzialmente economico, è dato anche dalla esistenza di elementi di afflizione personale. Quando cioè la sanzione presenti un carattere socialmente riprovevole, o possa influenzare la vita sociale, di relazione o professionale della persona, essa assume un carattere sostanzialmente penale».

³⁷ VI Sezione del Consiglio di Stato, sentt. nn. 2042 e 2043/2019 che confermano la posizione espressa nella sent. n. 1596/2015 (su cui v. B. RAGANELLI, *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 511 ss.); cfr. altresì ordd. nn. 4491 e 4492/2014 (su cui cfr. E. BINDI, *Il Consiglio di Stato e i regolamenti sanzionatori della Consob: il primo caso di applicazione della sentenza della Corte EDU nel caso Grande Stevens c. Italia*, in *Giustamm.it.*, 5 novembre 2014). In senso adesivo v. A. PISANESCHI, *op. ult. cit.*, 265. Per una ricostruzione di questa giurisprudenza cfr. altresì E.

di legittimità³⁸, oltre che con il dettato costituzionale, in base al quale proprietà privata e libertà di iniziativa economica sarebbero piuttosto *strumenti* per il raggiungimento di finalità costituzionali *ulteriori*, quali il pieno sviluppo della persona umana e l'utilità sociale, ai quali si aggiunge oggi la tutela dell'ambiente (l. cost. n. 1/2022)³⁹.

L'estensione delle garanzie previste dallo "statuto costituzionale del-

BINDI, A. PISANESCHI, *Il Consiglio di Stato annulla il regolamento sulle procedure sanzionatorie dell'IVASS. Quale è il razionale della giurisdizione ordinaria sulle sanzioni Consob e Banca d'Italia?*, in *Giust. Amm.* 2019.

³⁸ Sulla sanzione della revoca della patente, ma con argomentazioni che non paiono limitate a questo specifico ambito, cfr. Sezione prima penale, sentenza 14 novembre 2019-17 gennaio 2020, n. 1804, sezione feriale penale, sentenza 20-24 agosto 2020, n. 24023; sezione prima penale, sentenza 3 marzo-10 giugno 2020, n. 17834; sezione prima penale, sentenza 20 febbraio-9 giugno 2020, n. 17508; sezione prima penale, sentenza 20 febbraio-9 giugno 2020, n. 17506; sezione prima penale, 26 febbraio-30 aprile 2020, n. 13451. V. altresì C. cost., sent. n. 49/2015 (punto 1 cons. in dir.), da cui emerge come per la Cassazione l'orientamento della Corte di Strasburgo teso a riconoscere natura penale alla confisca dei beni in caso di condanna per il reato di lottizzazione abusiva fosse «in contrasto con gli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, primo comma, Cost., in quanto esso determinerebbe una forma di *iperprotezione del diritto di proprietà*, nonostante il bene abusivo *non assolva ad una funzione di utilità sociale* (artt. 41 e 42 Cost.), con il sacrificio di principi costituzionali di *rango costituzionalmente superiore*, ovvero del diritto a sviluppare la personalità umana in un ambiente salubre (artt. 2, 9 e 32 Cost.)» (corsivo aggiunto). Emerge, dunque, una concezione del diritto di proprietà (e, sembra di poter dire, anche della libertà di iniziativa economica) come *non fondamentale e funzionalizzato*.

Sul punto A. PISANESCHI, *loc. ult. cit.*

³⁹ Sempre attuali, a tale ultimo proposito, le parole di A. BALDASSARRE: la «scomparsa o la emarginazione delle intraprese individuali e la presenza sempre più preponderante di mastodontiche istituzioni economiche dotate di personalità giuridica hanno reso evidente la frattura reale esistente tra l'iniziativa e la persona umana ed hanno addirittura mostrato l'insussistenza, in questo campo, di un'esigenza pratica relativa all'estensione alle persone giuridiche delle garanzie assicurate alla soggettività umana. Soprattutto, però, sono venuti meno i fondamenti giuridici che giustificavano la ricomprensione della proprietà e dell'iniziativa economica nel novero dei valori inerenti alla personalità. Infatti, mentre negli ordinamenti del secolo scorso il patrimonio individuale concorreva realmente a determinare la dignità sociale e la personalità giuridica degli uomini, dato che la generale capacità giuridica di diritto privato e specialmente quella di diritto pubblico erano condizionate, in aspetti essenziali del loro svolgimento, dal possesso di determinati attributi patrimoniali, per contro, nei moderni ordinamenti democratici, è data ormai per acquisita sia la "pari dignità sociale", e quindi la integrale commisurazione della capacità giuridica generale all'uomo, come valore in sé e per sé, sia il riconoscimento consequenziale della persistenza di un nesso strutturale e funzionale fra i diritti del cittadino e la pura soggettività umana» (*Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, 1971, vol. XXI, 582 ss.). Sul punto cfr., altresì S. RODOTÀ, *Art. 42*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, Bologna-Roma 1982, 69 ss.; M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto, Discipline pubblicistiche*, V, Torino 1990, 374 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*⁹, Padova 1976, vol. II, 1107 ss.; C. ESPOSITO, *Gli artt. 3, 41, e*

la sanzione penale” a tutte le sanzioni *punitive* si risolverebbe dunque nell’equiparazione irragionevole di due ambiti nei quali le esigenze di garanzia si avvertono in modo ben differente⁴⁰.

4. *Autorità amministrative (o) indipendenti?*

Quid iuris nei casi in cui i poteri sanzionatori attribuiti alle autorità regolatorie assumano una natura *penale*? Questa evenienza rappresenta un’eccezione o la norma nell’ambito della regolazione del mercato?

Tali interrogativi rimandano alla questione più generale dello statuto delle autorità amministrative indipendenti, dal quale dipendono, in ultima analisi, il fondamento e la legittimità stessa di *tutti* i poteri da queste esercitati. Infatti, ad una prima analisi dovrebbe senz’altro propendersi per l’illegittimità delle norme attributive di poteri sanzionatori penali, a tacer d’altro per violazione della riserva di giurisdizione che, sulla base di quanto detto sin qui, rappresenta una garanzia imprescindibile con riferimento alle sanzioni penali. Non si può tuttavia trascurare la circostanza che le autorità amministrative indipendenti siano state e siano tutt’ora diffusamente considerate come poteri *di garanzia*⁴¹. Ove doves-

43 della Costituzione e le misure legislative e amministrative in materia economica, in *Giur. cost.*, 1962.; ID., *I tre commi dell’art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962.

Per una lettura critica dell’art. 41 cfr. M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell’economia e la pianificazione economica nell’interpretazione dell’art. 41 della Costituzione*, in *Diritto amministrativo*, n. 1/2008, 121 s.

⁴⁰ Non pare dunque condivisibile l’estensione di tale statuto a tutte le sanzioni amministrative a carattere punitivo «in quanto tali (indipendentemente, cioè, dalla caratura dei beni incisi)», come sembra suggerire la Corte costituzionale (Sent. n. 68/2021, punto 7 cons. in dir).

⁴¹ La letteratura in materia è sconfinata. È stato affermato che la funzione di regolazione indipendente corrisponde «alle fasi mature dello sviluppo economico» e trova attuazione allorché «lo Stato non ha una sua politica perché si limita a garantire che altri l’abbia» (così S. CASSESE, *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all’informazione del mercato*, in AA.VV., *Sistema finanziario e controlli*, Milano 1986, 50. Cfr. ID., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, n. 2/2002, 265 ss.; v. altresì S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna 1996).

Si è inoltre sostenuto che «l’indipendenza è un punto cardinale per collocare le autorità: esse devono essere indipendenti per poter realizzare la funzione loro assegnata, cioè l’attuazione del principio di efficienza; poiché sono indipendenti, esse non fanno parte dell’amministrazione tradizionale, quindi non sono soggette al regime di quest’ultima; poiché sono indipendenti, esse rappresentano di per sé una garanzia» (S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa 1997, 23). L’approccio dei poteri pubblici alla materia economica ritenuto, in quest’ottica, “oggettivo” e “im-

se accogliersi tale lettura, potrebbe forse ritenersi rispettata la riserva di giurisdizione quantomeno da un punto di vista *sostanziale*, ossia intesa come “riserva di potere di garanzia”. Occorre allora chiedersi se possa considerarsi convincente la ricostruzione delle “autorità amministrative indipendenti” come poteri di garanzia.

Com'è noto, l'essenziale caratteristica strutturale di tutti gli organi di garanzia è la loro *indipendenza* rispetto al circuito dell'indirizzo politico, funzionale ad assicurare un esercizio *neutrale* – o *terzo* – delle funzioni ad essi riservate: neutralità o terzietà che implica che il garante *non sia portatore di interessi propri* nell'ambito della vicenda su cui è chiamato a decidere, alla quale dunque deve risultare *estraneo*⁴².

Dalla neutralità va tenuta distinta l'*imparzialità*, che richiede invece che il soggetto pubblico sia *indifferente rispetto agli interessi privati su cui*

parziale” «nel senso di neutral[e] rispetto ai fini perseguiti dai privati» è la regolazione amministrativa e non la politica industriale: la prima infatti predisporrebbe «un insieme coerente di regole del gioco, di applicazione generale», mentre la seconda sarebbe «più opportunistica e discrezionale che fondata su regole nel suo approccio» (H. DUMEZ, A. JEUNEMAÎTRE, *L'Etat et le Marché en Europe: de nouvelles règles du jeu pour les entreprises*, in *Rev. fr. de sc. Pol.*, 1992, 263 ss.) poiché diretta «al perseguimento di fini che trovano la propria origine nel processo politico e non nella logica intrinseca di quello economico» (M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Diritto amministrativo*, n. 1/2008, 158).

Cfr. altresì R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova 1994, che parla del mercato come di un «entità ontologica». Le regole poste dalla disciplina *anti-trust*, che atterrebbero dunque «alla struttura stessa del mercato, sono interne e coesenziali al concetto stesso di mercato correttamente funzionante» (M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano 1993, 115 ss.).

Lo stesso utilizzo della parola ‘politica’ viene censurato, considerato inappropriato, sottolineandosi il carattere *non direttivo* della regolazione: nelle «norme e nel linguaggio dell'Unione si fa frequente riferimento alla “politica della concorrenza”. L'espressione è impropria: la disciplina della concorrenza non è una politica, perché mira semplicemente a strutturare il mercato. Essa consiste in attività conformative, non in interventi direttivi» S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit. 84 s.

In quest'ottica, la funzione di regolazione del mercato presenterebbe, in definitiva, le medesime esigenze di neutralità che informano i poteri di garanzia.

⁴² In senso affine, concepisce la neutralità come indifferenza rispetto all'obiettivo della propria azione, L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova 1992, 501 ss.; pone l'accento, invece, sull'indifferenza rispetto agli interessi in gioco G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova 1993, 267.

Sul tema cfr. altresì A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 200 ss. e, recentemente, M. AVVISATI, *Neutralità, imparzialità e azione amministrativa. Riflessioni su pubblica amministrazione e controllo di costituzionalità*, in *Federalismi.it*, n. 12/2020.

*la propria decisione ricade*⁴³. Mentre i poteri di garanzia devono possedere entrambe le caratteristiche, la pubblica amministrazione, che rientra nel circuito dell'indirizzo politico⁴⁴, deve possedere soltanto la seconda. Essa infatti è *imparziale*, poiché esercita le proprie funzioni senza poter operare alcuna discriminazione tra interessi concreti che non sia conforme alla legge⁴⁵, ma cionondimeno non è neutrale, in quanto è portatrice di *interessi propri*⁴⁶.

⁴³ Sulla differenza tra neutralità e imparzialità cfr. V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amministrativo*, n. 1/1997, 353, il quale, in termini che paiono simili, afferma che la prima indica «l'indifferenza dell'organo dagli interessi in gioco» (compresi quelli pubblici), mentre la seconda l'«esigenza di comportarsi nei confronti di tutti i soggetti destinatari dell'azione amministrativa senza discriminazioni arbitrarie».

Ed infatti, coerentemente con queste premesse, l'A. afferma che le esigenze «dell'imparzialità e del tecnicismo appaiono dunque inidonee a giustificare di per sé stesse la creazione delle autorità indipendenti, perché anche l'amministrazione in senso tradizionale potrebbe soddisfare quelle esigenze, se opportunamente potenziata sotto entrambi questi profili» e continua sostenendo che «la ragione che [...] appare idonea a giustificare la creazione di queste nuove figure è che ad esse sono state attribuite funzioni *neutrali*» (*ibidem*, corsivo aggiunto).

⁴⁴ E deve dunque, in ultima istanza, pur sempre rispondere politicamente dei propri atti (v. *infra*). Sulla nozione di indirizzo politico v. la fondamentale opera di V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, ora in ID., *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli 2015.

⁴⁵ Cfr., su un tema dalla somma complessità e oggetto di sconfinata letteratura quale è l'imparzialità, U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova 1965; A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova 1973; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova 1974. V, di recente, A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino 2018; I. PIAZZA, *La pretesa a un'amministrazione imparziale. Note sul conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2020.

L'imparzialità richiede che l'azione di tutti gli apparati pubblici che hanno il potere di incidere sulla sfera dei privati sia improntata ad un disegno razionale e prevedibile, e non arbitrario ed estemporaneo. Essa, insomma, implica che l'organo pubblico non parteggi per alcuno degli interessi privati in gioco, il che rende necessario che esso adotti le proprie decisioni in conformità a un parametro *oggettivo*, ossia *esterno a sé e riconoscibile da tutti*, oltre che *precostituito*: l'ordinamento giuridico. Ciò è imprescindibile, in base ai principi dello stato di diritto, perché i poteri pubblici sono abilitati a produrre effetti nella sfera altrui senza il consenso del destinatario di tali effetti, ossia in modo *unilaterale*. Sul punto, cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, 9ª ed., Torino 2020, 196: «Il potere amministrativo è, essenzialmente, un potere unilaterale. Non solo nel senso che il suo esercizio incide unilateralmente nella sfera giuridica altrui, ma anche nel senso che la sua fonte non è contrattuale. Anche il datore di lavoro privato ha un potere direttivo verso il lavoratore, cui impartisce le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina della prestazione (art. 2104 c.c.): ma tale potere unilaterale ha una fonte contrattuale (tranne che nel lavoro forzato che non è ammesso nel nostro ordinamento)».

L'imparzialità esige in definitiva che siano predisposti vincoli, procedurali e sostanziali, al concreto provvedere degli organi pubblici.

⁴⁶ Tra gli apparati pubblici, l'amministrazione è affidataria del compito di perseguire

Nel bilanciamento degli interessi in gioco compiuto nell'ambito di un procedimento decisionale è naturale che l'organo pubblico che sia portatore di un interesse proprio non solo ne tenga conto, ma lo metta *in primo piano*. Per questo è indispensabile che gli organi di garanzia non abbiano alcun interesse rispetto alle vicende su cui decidono. Solo così è infatti possibile assicurare che la ponderazione che conduce alla decisione venga compiuta nel modo *più giusto possibile*: sono i soli interessi delle parti private ad essere presi in considerazione.

La connessione dei garanti con il circuito dell'indirizzo politico comporterebbe la loro non estraneità rispetto ai casi concreti, poiché li renderebbe soggetti portatori di interessi. L'estraneità del decisore rispetto alla vicenda su cui è chiamato a provvedere è invece fondamentale, poiché implica un suo naturale *self-restraint* – dovuto alla circostanza che esso non ha interesse all'attivazione del procedimento decisionale, che non potrà dunque che verificarsi nei limiti dello stretto necessario, ossia nei casi in cui lo richiedano circostanze *oggettive* – ed è la massima garanzia che umanamente si può predisporre affinché il *contenuto* della decisione possa considerarsi *equo e giusto*⁴⁷.

Alla luce di quanto precede, la denominazione “autorità amministrativa indipendente” appare un ossimoro. Infatti, o un organo pubblico è

– nel rispetto del principio di imparzialità – gli interessi pubblici: interessi, cioè, ad essa formalmente imputabili, la cui cura tuttavia richiede l'adozione di atti che dal punto di vista sostanziale non sono in proprio favore (come avviene per gli interessi *privati*), ma in favore di *altri*, ossia della collettività, di una sua porzione o persino di un *singolo* (la protezione della persona e la garanzia dei suoi bisogni essendo inquadrabile anche come interesse pubblico); atti che (come detto *supra*, nota precedente) producono effetti, vantaggiosi o svantaggiosi, su diritti soggettivi, interessi legittimi o diffusi a prescindere dal consenso di coloro su cui ricadono. Per tale ragione è fondamentale una connessione – pur inevitabilmente filtrata e non paragonabile all'istituto della rappresentanza di diritto privato –, attraverso le forme della responsabilità politica, con una parte qualificata – il corpo elettorale – dei soggetti nel cui interesse (*alias*: “*per conto*” dei quali) le decisioni sono sostanzialmente e in ultima istanza assunte. L'assenza di consenso “a valle” rispetto agli atti specifici si recupera in tal modo “a monte”, in generale: l'esercizio del potere viene così legittimato.

⁴⁷ L'“oggettività”, intesa come *incontrovertibilità* del contenuto della decisione, non potrà mai ottenersi, poiché il decisore è *umano* e per questo intrinsecamente *limitato e parziale* (sul punto, cfr. M. AVVISATI, *op. ult. cit.*, 23). I garanti sono tuttavia posti nella condizione di prendere decisioni oggettive nel senso di *razionali e non arbitrarie* (imparziali) e non condizionate da interessi altri rispetto a quelli dei soggetti su cui il provvedimento ricade (neutrali).

Il tema è estremamente complesso: per un'illuminante analisi della natura delle diverse funzioni pubbliche cfr. G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, 1985, vol. XXXIV, 670 ss.

indipendente e garante, e allora non è e non può essere portatore di interessi pubblici, o, all'inverso, è portatore di interessi, con la conseguenza che non è e non può essere indipendente e garante: sembra pertanto necessario che le autorità deputate alla regolazione del mercato⁴⁸ trovino una chiara collocazione nell'uno o nell'altro ambito.

Per tentare di proporre una soluzione al problema, pare utile anzitutto domandarsi se le funzioni ad esse attribuite suscitino esigenze di massima garanzia. Queste ultime paiono tendenzialmente sussistere *a)* rispetto alle funzioni che incidono sui beni cui l'ordinamento attribuisce sommo valore e *b)* nello svolgimento delle quali il potere pubblico è così incisivo da poter persino risultare “*pericoloso*”, laddove se ne faccia abuso: condizioni, queste, che dovrebbero presentarsi contemporaneamente⁴⁹.

Per quanto di interesse in questa sede, gli apparati pubblici, nell'esercizio dei poteri sanzionatori, presentano l'attitudine indicata al punto *b)* poiché mirano a provocare una *sofferenza* nel destinatario dell'atto, potendo a tal fine giungere sino a incidere sulla stessa integrità della sfera della persona umana e della sua dignità, cui la Costituzione attribuisce il più alto valore⁵⁰. Ove ricorra, dunque, anche questa seconda condizione – riconducibile al punto *a)* – occorre assicurare, con il massimo grado di intensità, che questo potere, potenzialmente “*pericoloso*”, sia esercitato in modo e per scopi *legittimi*⁵¹.

⁴⁸ Tali essendo tutti gli organismi denominati “autorità amministrativa indipendente”. Non sembra ravvisabile, in altre parole, un'autorità amministrativa indipendente cui non sia attribuita una funzione – per quanto peculiare possa considerarsi – di regolazione del mercato.

⁴⁹ Dal modo in cui le funzioni sono distribuite tra circuito dell'indirizzo politico e organi di garanzia sembra possibile ricavare la fisionomia e forse la stessa identità di una società.

⁵⁰ Sulla centralità della *persona* nella Costituzione v., *ex plurimis*, L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*⁴, Padova 2020, 90 ss.; F. MODUGNO, I “*nuovi diritti*” nella *Giurisprudenza Costituzionale*, Torino 1995, 107; A. BALDASSARRE, *Libertà (problemi generali)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, 20; v. altresì, di recente, A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, n. 17/2013; A. MORELLI, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in M. DELLA MORTE, F.R. DE MARTINO, L. RONCHETTI (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant'anni*, Bologna 2020, 31 ss.

Sul noto dibattito inerente al “catalogo” dei diritti inviolabili della persona di cui all'art. 2 Cost. cfr. A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1975, 80 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, Padova 2003, 20 ss.; P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino 1997, 23; F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 2 ss. Insiste sul tema della garanzia dell'*effettività* dei nuovi diritti S. RODOTÀ, *Statuti e carte delle libertà*, in *Pol. dir.*, n. 2/1980, 169 ss.

⁵¹ Del potere pubblico sembra avvertirsi il pericolo quando, per tutelare il diritto, è

Ebbene, sulla base di quanto detto, può riscontrarsi l'esigenza di massima garanzia anche con riferimento alle funzioni tipicamente svolte dalle autorità di regolazione del mercato? La risposta sembrerebbe negativa. Infatti, neanche quando le autorità regolatorie emettono provvedimenti a fini punitivi – esercitando dunque un potere dai tratti potenzialmente “pericolosi” – paiono in grado colpire beni di sommo valore, come l'integrità della sfera della persona e della sua dignità: essi di solito sono indirizzati a soggetti economici che si trovano in una posizione *di forza*, e che dunque hanno le risorse per “assorbire il colpo” della sanzione senza che questa giunga ad incidere sulla sfera personale di alcuno. Nell'ambito della regolazione, l'opposta eventualità – ossia una sanzione punitiva che colpisca in modo significativo l'esercizio di un diritto fondamentale inerente alla sfera della persona⁵² – sembra l'eccezione piuttosto che la regola: non parrebbe pertanto fondata l'esigenza di neutralità delle autorità di regolazione del mercato⁵³, che non potrebbero così ricondursi persuasivamente all'ambito degli organi di garanzia.

Si potrebbe sostenere, in senso contrario, che l'esigenza di garanzia sussista anche quando il provvedimento punitivo incide sulla sfera patrimoniale. Ciò, tuttavia, al costo di equiparare il valore dell'integrità della sfera della persona a quello dell'integrità della sfera patrimoniale⁵⁴, ponendo persona e patrimonio sullo stesso piano: il che non sembra condivisibile.

La Costituzione, invero, è chiara nell'inquadrare la libertà di iniziativa economica e la proprietà privata non come *valori in sé*, bensì come *strumenti* al servizio della persona umana, dell'utilità sociale e della tutela dell'ambiente, in quanto tali tutelati solo nella limitata misura in cui siano idonei a svolgere questa funzione strumentale: ciò, sulla base di una concezione del mercato come incapace di assicurare da sé il perseguimento delle suddette finalità costituzionali, in assenza di vincoli e obiettivi disposti dai poteri pubblici.

Solo qualora, al contrario, si partisse dal presupposto di una pro-

richiesto un suo comportamento *omissivo*; quando, invece, è richiesto un comportamento attivo, il potere pubblico risulta *necessario*, piuttosto che *pericoloso*: ecco perché ha pienamente senso che le competenze in materia di diritti fondamentali pur inerenti alla sfera della persona – come ad esempio il diritto alla salute – non vengano riservate ad organi di garanzia.

⁵² E dunque da considerarsi *penale*, ai sensi di quanto detto *supra*.

⁵³ In tali casi, semmai, dovrebbe riconoscersi l'illegittimità della sanzione penale.

⁵⁴ Il che comporterebbe conseguentemente la coincidenza tra sanzione amministrativa e sanzione penale, sopra contestata.

fonda fiducia nelle capacità del mercato di garantire da solo, *autoregolandosi*, il pieno sviluppo della persona umana, l'utilità sociale, la tutela dell'ambiente, potrebbe considerarsi convincente una ricostruzione delle autorità regolatorie come poteri di garanzia (della libertà del mercato – e della sua *efficienza*⁵⁵ – dalle ingerenze di una politica intrinsecamente inadeguata⁵⁶). Questa premessa, tuttavia, non è condivisibile. La solidarietà, istinto *pienamente umano*⁵⁷, non può realizzarsi *da sé*, ma – se si vuole che sia *strutturale* e non si risolva in episodici atti di liberalità⁵⁸ – ha bisogno

⁵⁵ Sul concetto di efficienza del mercato nelle sue varie declinazioni cfr. M. LIEBERMAN, R. HALL, *Principi di economia*³, Milano 2010, 359 ss. Cfr. altresì S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, 265 ss.

⁵⁶ Il «mercato globalizzato spinge per una regolazione negoziata e concordata delle regole di funzionamento dei contratti, degli scambi e, in generale, delle operazioni economiche, sul presupposto che una decisione tecnica, e non politica, condivisa tra gli operatori e autorità separate dal Governo sia più utile, efficiente e funzionale agli interessi economici che muovono il settore di riferimento» (C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2016). Per la visione di una «politica inetta, arbitraria e dissipatrice dei governanti [che] può seriamente intralciare il progresso economico» cfr. A.O. HIRSCHMANN, *Le passioni e gli interessi. Argomenti politici in favore del capitalismo prima del suo trionfo* (1977), trad. it., Milano 1990, 72.

⁵⁷ Sembra dubitarne T. PADOA SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, Bologna 1997, 94 ss., che oppone le illusorie «ragioni del cuore», di cui sarebbe portatrice la politica, a quelle brutalmente vere costituite dalle «leggi» poste in evidenza da una «scienza triste», quella economica. L'egoismo non sembra infatti la molla più potente dell'agire umano, o quella, se si vuole, più «ancestrale». Senza alcuna pretesa di avventurarsi in discorsi che esulano dal campo giuridico, sembra comunque di poter sostenere che nella specie umana l'impulso egoistico e quello solidaristico convivano, senza che sia peraltro possibile individuare alcun primato. Ciò che però è chiaro è che il primo non necessita di alcuna forma di organizzazione – ognuno pensa a sé *autonomamente* – cosa che invece non può dirsi per l'agire *in favore dell'altro*, della *collettività*, insomma per la *solidarietà*, che invece per essere un dato *strutturale* di una società necessita di azioni coordinate e organizzate che richiedono, in senso lato, *autorità*. In tema, cfr., *ex plurimis*, L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano 2002; A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017; A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari 2014; L. MAZZETTI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna 2016.

⁵⁸ Il rischio principale di un mercato sostanzialmente *autoregolato* è che a prevalere siano esclusivamente «gli interessi economici più forti e meglio organizzati, in danno di quelli più deboli e meno influenti, che, al contrario, resterebbero più garantiti, secondo la logica dello Stato liberale di diritto, da una regolazione politicamente e costituzionalmente responsabile. Nella deregolazione globalizzata, in definitiva, finiscono per prevalere le posizioni più strutturate e per soccombere quelle più fragili, nell'assenza di quella mediazione di interessi che è propria della politica e che la tecnica (per definizione) ignora (e

di *cooperazione*, che a sua volta richiede l'istituzione e l'operatività di apparati *pubblici*⁵⁹, a differenza dell'istinto egoistico, che invece spinge ciascuno soggetto ad agire indipendentemente e *in competizione* con gli altri.

Non si può insomma far affidamento su un atteggiamento di “*self-restraint*” dei soggetti del mercato, e in particolare degli operatori economici più forti, rispetto alla tensione al profitto che costituisce la naturale “molla” della loro azione. Non si può, in altre parole, contare sull'attitudine autolimitante (*alias*: autoregolatoria) di tali soggetti, poiché l'intrinseca competitività del mercato, in cui avviene l'incontro-scontro tra interessi *egoistici* contrapposti, esclude naturalmente che coloro che detengono il potere di trarre un profitto da un'azione non la pongano in essere per finalità solidaristiche, per puro spirito altruistico (ciò potrà avvenire, al più, in modo *episodico*, ma non certo *strutturale*). Se dunque si intende far sì che l'ampia apertura del sistema economico al libero mercato – verificatasi in particolare a partire dagli anni Novanta e sotto l'impulso del processo di integrazione europea – non sia incompatibile con il perseguimento di finalità di *pubblico interesse*, occorre prevedere un sistema di regole e limiti al potere economico *eteroimposti*: in coerenza, si oserebbe dire, con lo spirito del costituzionalismo moderno.

A ciò paiono indirizzate in fondo le norme *antitrust* insieme ai poteri attribuiti alle autorità regolatorie, tesi in sostanza ad impedire la formazione di soggetti *indipendenti* (nel senso che si specificherà *infra*, § 6) all'interno del mercato. In relazione a questa funzione, dunque, piuttosto che avvertirsi il *pericolo* del potere pubblico, se ne percepisce la *necessità*.

Che le variegate funzioni che possono ricondursi alla regolazione del mercato in senso lato non suscitino esigenze di massima garanzia pare confermato anche dalla nota sentenza n. 13/2019 della Corte costituzio-

deve continuare a ignorare). In una sciagurata eterogenesi dei fini, le strutture tecnocratiche, più che accrescere le opportunità di sviluppo e di concorrenza per tutti gli operatori, rischiano proprio di ridurre gli spazi di competitività per quelli meno capaci di influire su una regolazione sottratta alla politica» (così C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, cit.). In tal senso, v. altresì R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino 2009, 35. *Contra* G. AMATO, L. LAUDATI, *The Protection of Public Interests and Regulations of Economic Activities*, in F. SNYDER (ed.), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, London 1999, 141 ss.

Sul punto cfr. altresì S. NICCOLAI, *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, in *Giur. cost.*, 1991, 3680 ss.; M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 2/2016, 53 ss.

⁵⁹ Ossia dotati di poteri *unilaterali* (v. *supra*, nota 45).

nale⁶⁰, nella quale si afferma – con argomentazioni ritenute esplicitamente estensibili a tutte le autorità di regolazione⁶¹ – che l'AGCM non può considerarsi *terza* o *neutrale*, poiché, al pari di tutte le amministrazioni pubbliche, è – e *deve essere* – *portatrice di interessi*⁶².

⁶⁰ Che ha negato la natura di giudice *a quo* dell'*Antitrust* financo “ai limitati fini” della proponibilità della questione di legittimità costituzionale. Com'è noto, su questo tema la Corte ha dimostrato una tendenza ad applicare criteri piuttosto elastici: si deve «rilevare, in generale, che in questa operazione ermeneutica le due nozioni sono state intese in modo elastico e avuto riguardo alle peculiari esigenze del caso concreto, tutte le volte che il rimettente si collocava istituzionalmente negli interstizi delle categorie dell'amministrazione e della giurisdizione, ossia in quella che si è andata delineando come una “zona grigia”, alimentata dai concorrenti ed inversi fenomeni storici della “giurisdizionalizzazione” dell'amministrazione e della “amministrativizzazione” della giurisdizione; e ciò nel dichiarato obiettivo di consentire il più ampio accesso possibile alla giustizia costituzionale ed escludere l'esistenza di “zone franche” dal controllo di costituzionalità» (C. cost., sent. n. 13/2019, punto 3.1 del Considerato in diritto). Sulla base di ciò, «sono stati considerati legittimati a sollevare questione di legittimità costituzionale anche organi non incardinati in un ordine giudiziario ma sempre in presenza dell'essenziale requisito della terzietà», di cui, ad opinione della Corte, l'«Autorità rimettente [...] manca» (*ivi*, punti 4 e 5 del Considerato in diritto).

Cfr. M. CHIARELLI, *L'Autorità garante della concorrenza non è giudice: nota a Corte costituzionale 31 gennaio 2019 n. 13*, in *Federalismi.it*, n. 14/2019; G. GRASSO, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale all'Autorità antitrust. Considerazioni a margine della sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 1/2019.

⁶¹ Le considerazioni relative all'AGCM sembrano potersi estendere alle altre autorità anche sulla base della circostanza che la prima è «sovente assunta a modello di riferimento per descrivere il paradigma dell'indipendenza» (così L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in *Federalismi.it*, n. 14/2018, 4).

⁶² L'AGCM, infatti, «è parte (resistente) del processo amministrativo avente ad oggetto l'impugnazione dei suoi provvedimenti» ed «ha anche assunto la inedita posizione di parte processuale ricorrente per l'impugnazione davanti al giudice amministrativo degli atti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato»: il che confligge con l'«ontologica incompatibilità tra la posizione di giudice e di parte processuale nel giudizio avverso i propri provvedimenti» (C. cost., sent. n. 13/2019, punti 5 ss. cons. in dir.). «La veste processuale di parte riflette, del resto, la natura del potere attribuito all'Autorità: una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. Essa, infatti, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale (si veda, in questo senso, già Consiglio di Stato, commissione speciale, parere 29 maggio 1998, n. 988/97). Ciò emerge con particolare evidenza nei rilevanti poteri pararegolatori e consultivi attribuiti all'Autorità garante [...] e nell'ampio margine di discrezionalità amministrativa che connota istituti quali le autorizzazioni

Alla luce di ciò, il fondamento costituzionale dei poteri neutrali⁶³ nell'ambito della funzione di regolazione del mercato non sembra ricavabile neanche implicitamente dalla Carta; né pare che essi possano collocarsi in un'area di "indifferenza costituzionale": infatti, poiché le funzioni neutrali sono impermeabili alle ingerenze degli organi del circuito dell'indirizzo politico – e dunque, in ultima istanza, del *sovrano* – esse rappresentano un limite alla sovranità popolare che, in quanto tale, in base all'art. 1, comma 2 Cost., deve essere previsto (esplicitamente o implicitamente) dalla Costituzione stessa⁶⁴. I poteri neutrali, in questo settore, paiono dunque in contrasto con la Costituzione⁶⁵.

in deroga di intese vietate, l'accettazione degli "impegni" e i cosiddetti programmi di clemenza (rispettivamente, artt. 4, 14-ter e 15, comma 2-bis, della legge antitrust)» (*ivi*, punto 8 del cons. in dir.).

⁶³ Per la tesi secondo cui l'indipendenza dal circuito dell'indirizzo politico non vale ad escludere l'intrinseca politicità degli atti emanati dalle autorità regolatorie cfr. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano 1994, *passim*. In senso contrario, A. PREDIERI, *op. ult. cit.*, 40. G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova 1993, 267; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. Trim. Diritto Pubblico*, 1988, 575; G. MORBIDELLI, *Autorità Indipendenti*, in *Enc. giur. Treccani*, 2006, VII Appendice, 3. F. LONGO, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle Autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, cit., 15.

⁶⁴ È vero che il concetto di "limite" è inscindibilmente legato al principio della sovranità popolare (sul tema cfr., *ex plurimis*, L. CARLASSARE, *Sovranità popolare e stato di diritto* e G. FERRARA, *La sovranità popolare e le sue forme*, entrambi in *Costituzionalismo. it*, n. 1/2006 e in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, vol. I, *Sovranità e democrazia*, Roma-Bari 2006), e che dunque gli organi neutrali, privi di legittimazione democratica «da investitura», sono comunque pienamente abilitati, in uno stato di diritto democratico, ad arginare la stessa volontà popolare veicolata attraverso il circuito dell'indirizzo politico (sulla c.d. legittimazione democratica «da funzione», anziché «da investitura», cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012, 160; F. MODUGNO, *La Corte costituzionale oggi*, in AA.VV., *Scritti su «La giustizia costituzionale»*, in onore di Vezio Crisafulli, vol. I, *Sulla giustizia costituzionale*, Padova 1985, 571): resta, però, pur sempre il fatto che questi limiti, in base alla formulazione dell'art. 1, comma 2, non possono che essere previsti dalla Costituzione.

Più in generale, per la tesi secondo cui la sovranità popolare vada collocata «in un'entità unitaria indivisibile» e considerata «esercitabile solo collettivamente mediante manifestazioni unitarie di volontà», contrapposta a quella secondo cui, invece, essa vada attribuita ai *singoli* membri del popolo, ciascuno in grado di partecipare in vario modo, influenzando anche attraverso i diritti di libertà alla gestione dello Stato» (L. CARLASSARE, *op. ult. cit.*, 7), cfr., rispettivamente, C. MORTATI, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici*, in *Scritti giur. in memoria di V.E. Orlando*, Padova 1957, vol. I, 117 s. – nonché ID, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1976, 26 ss. – e C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana, Saggi*, Padova 1954, 10ss., 226ss. e L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1998, 272.

⁶⁵ Trova pertanto conferma l'ipotesi, prospettata all'inizio del paragrafo, relativa

5. Segue. *Indipendenza* in senso debole e *indipendenza* in senso forte: *lo squilibrio di uno status da superare*

La circostanza che le autorità regolatorie siano per lo più ricostruite come poteri di garanzia e che ciò – come si è tentato di suggerire in questa sede – strida con i principi costituzionali sembra alla base della loro irriducibile natura ibrida⁶⁶. In altre parole, la problematica conformità ai principi di sistema di una regolazione del mercato “*neutralizzata*” pare abbia impedito una netta configurazione in tal senso della struttura e dei poteri delle autorità. Il risultato è stato dunque quello di una disciplina spuria ed estremamente eterogenea, che conferisce a tali organismi uno *status* di ‘indipendenza’ squilibrato, ora *per difetto*, ora *per eccesso*.

Sotto il primo profilo, quello di una *indipendenza in senso debole*, può segnalarsi quanto segue: le attribuzioni delle autorità, a differenza di quelle degli altri organi di garanzia, non hanno copertura costituzionale e dunque una legge ordinaria potrebbe revocarle in ogni momento⁶⁷; non sono previsti organi di autogoverno o altri meccanismi in grado di proteggerle efficacemente dalle ingerenze degli organi politici⁶⁸; in alcuni casi sono inoltre richieste prestazioni, quali le relazioni annuali, tipiche degli organi *politicamente responsabili*⁶⁹.

all’illegittimità dell’attribuzione di poteri sanzionatori di natura penale alle autorità regolatorie, per violazione se non altro della riserva di giurisdizione.

⁶⁶ Che, come segnalato *supra* (§ precedente) si manifesta sin dalla denominazione “autorità amministrativa indipendente”.

⁶⁷ Non rileva, ai fini del discorso, la circostanza che questo sia fattivamente improbabile: ciò che conta è che sia astrattamente *possibile*.

⁶⁸ Ciò impedisce, in particolare, una selezione autonoma del personale, soprattutto di vertice, che deve giocoforza essere individuato da organi esterni. È pur vero che in alcuni casi (AGCM e Commissione di garanzia dell’attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali) la nomina dei vertici delle autorità spetta ai Presidenti delle Camere, organi di garanzia, il che dovrebbe assicurare la sconnessione dei nominati dal circuito dell’indirizzo politico; è anche vero, però, che questo meccanismo di selezione vige soltanto per alcune autorità: per le altre, nei procedimenti di nomina assumono un ruolo preponderante gli organi politici (specialmente il Governo). Per queste ultime può così considerarsi inficiato lo *status* di indipendenza.

⁶⁹ Si prendano, ad esempio, la Consob, che relazione al Ministro dell’Economia e delle Finanze e il GPDP, che relazione al Parlamento.

Sulla nozione di *responsabilità politica* cfr. L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, 4^a ed., cit., 55: «Cosa si intende per responsabilità politica? Quali caratteri la differenziano dalla responsabilità giuridica? Essere responsabili significa dover *rispondere* di qualcosa a qualcuno: a) nel senso di ‘fornire risposte’ su qualcosa; b) nel senso di ‘essere sanzionabili’ per qualcosa (come sottolinea G.U. Rescigno). Tutti e due i significati riguardano il governo nel suo rapporto con le Camere: da un lato singoli deputati e

Sotto il secondo profilo, alcune delle caratteristiche di tali organismi parrebbero risultare persino *eccedenti* rispetto ai normali connotati degli altri organi di garanzia – configurando così un’indipendenza *in senso forte* –, per lo meno in base alla ricostruzione che ne dà buona parte di dottrina e giurisprudenza: il riferimento è alla teoria dei c.d. “poteri impliciti”.

Secondo tale teoria, la fissazione di un *obiettivo* costituirebbe fondamento *sufficiente* dell’attività amministrativa, non essendo invece necessario che alcuna specifica norma attribuisca il potere di adottare un provvedimento determinato, né tantomeno che di quest’ultimo sia previamente stabilita, nei suoi tratti essenziali, la sostanza⁷⁰. In altre parole,

senatori mediante *interrogazioni* ed *interpellanze* possono chiedere notizie, informazioni, spiegazioni in ordine all’operato dei ministri, e ciascuna Camera può disporre *inchieste*. Dall’altro lato ciascuna Camera può ‘sanzionare’ il governo costringendolo alle dimissioni mediante la votazione di una *mozione di sfiducia*. La responsabilità politica si differenzia dalla responsabilità civile, penale o amministrativa, sia per la peculiarità della *sanzione*, che consiste unicamente nella perdita della carica (non nel risarcimento del danno come la responsabilità civile o in una pena detentiva come la responsabilità penale), sia per l’assenza di un *parametro* oggettivo. Non si ha una norma preesistente della cui violazione si risponde: il parametro è *soggettivo*, interno a colui che esprime il giudizio. Il governo, dunque, politicamente responsabile verso il Parlamento, perde la carica qualora *non sia più gradito* alla maggioranza parlamentare».

Naturalmente i meccanismi di “responsabilità politica” della P.A. non possono ricalcare quelli del rapporto fiduciario: il principio di imparzialità richiede la predisposizione di opportuni “filtri” tra la volontà degli organi politici e la determinazione del contenuto specifico dei provvedimenti, al fine precipuo di mantenere chiara la distinzione tra l’azione degli organi (politici) che *predispongono i vincoli* e quella degli organi (amministrativi) che *ne sono vincolati* (v. *infra*).

⁷⁰ Lo «spazio autoritativo a disposizione dell’amministrazione sarebbe delineato dalle norme che fissano uno scopo da perseguire e non dall’enumerazione di poteri esplicitamente attribuiti per la realizzazione di tale scopo [...]. La teoria dei poteri impliciti trova terreno fertile nella [...] lettura sistematica delle leggi istitutive delle Autorità di regolazione intese come leggi di mero indirizzo all’amministrazione, fonte di legittimazione all’autoprogrammazione del regolatore, rinvii in bianco a un futuro esercizio di potere amministrativo in nome (anche) della tutela dell’utenza»: così M. RAMAJOLI, *Tutela indennitaria automatica di massa nel settore telefonico: una preoccupante indistinzione tra Agcom, Antitrust, legislatore e giudice*, in *Giur. comm.*, n. 2/2021, 298, per la quale questi sono da intendersi vietati (297). Sul tema, cfr. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna 2000, 31 ss.; B. ACKERMAN, *The New Separation of Powers*, in *Harv. L. Rev.*, n. 113/2003, 633 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano 2001.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 703 ss.

Il Consiglio di Stato giunge addirittura a considerare la legislazione come “completamento e rafforzamento” della funzione regolatoria, anziché l’inverso, come si sarebbe portati a pensare sulla base dei principi fondamentali inerenti al sistema delle fonti, alla

il principio di legalità (in particolare nel suo senso sostanziale) sarebbe da considerarsi garanzia pienamente sostituibile ad opera della c.d. legalità *procedurale*, tesa ad assicurare la partecipazione al procedimento dei soggetti privati (o dei loro rappresentanti) interessati dagli effetti del provvedimento⁷¹.

forma di governo ed alla stessa forma di stato (cfr. M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, 300). A ben vedere, tale posizione non appare sorprendente, poiché risulta coerente con una concezione della regolazione come funzione indipendente dal circuito dell'indirizzo politico. In linea con questa visione è l'affermazione – qui criticata – della necessità di una riserva di competenza in capo alle autorità regolatorie, che non dovrebbe valere solo nei confronti del governo, ma *anche* dello stesso Parlamento: infatti, poiché la funzione regolatoria non implica solo un'attività di *concreto provvedere*, ma necessita altresì di un'attività di *astratto disporre, normativa*, se non si realizzasse anche un'indipendenza nei confronti del Parlamento e dei suoi atti, l'affermata indipendenza dal circuito dell'indirizzo politico risulterebbe inevitabilmente dimidiata. In altre parole, la circostanza che i provvedimenti giurisdizionali siano assoggettati alla legge, ossia al contenuto di *norme previe*, che rappresentano il parametro oggettivo della decisione, non mina l'indipendenza del giudice, poiché la funzione giurisdizionale non implica anche un'attività normativa, avendo tendenzialmente efficacia soltanto rispetto al caso concreto. Viceversa, poiché la predisposizione di norme generali e astratte è parte integrante dell'attività regolatoria, considerarla tendenzialmente riservata alle autorità regolatorie sembra una conseguenza piuttosto logica della premessa (discutibile) da cui si parte, ossia della necessità della loro indipendenza dal circuito dell'indirizzo politico. È chiaro, in definitiva, che in tale ottica il ruolo della legge – quando tollerato – non può che essere considerato *ad adiuvandum*, ossia in conformità a quanto già sancito dalle autorità regolatorie: la legge può così intervenire solo “*secundum regulationem*”, e non anche “*preater*” e “*contra*”. Non sembra dunque si possa sottoporre a critica questo discorso senza metterne in discussione le *premesse*.

Sul potere normativo delle autorità regolatorie cfr., *ex plurimis*, M. MANETTI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti*, 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, vol. I; G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2012. G. A. GIUFFRÈ, *Le “nuove” dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in *Federalismi.it*, n. 2/2017. F. POLITI, *Poteri normativi del governo e poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata*, Torino 1999, 133 ss.; ID., *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur. Treccani*, 1995.

⁷¹ Esisterebbe infatti «una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: “quanto meno è garantita la prima”, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, “tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento”. Di conseguenza, “la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio” [Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201; 11 aprile 2006, n. 2007; 27 dicembre 2006, n. 7972; 20 marzo 2015, n. 1532; 24 maggio 2016, n. 2182]»: così M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, 302 s.; ID., *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 665 ss.; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*,

Questa tesi non appare convincente. Occorre anzitutto premettere che il principio di legalità non sembrerebbe principalmente indirizzato a “finalità garantistiche”, ossia ad assicurare che l’azione dei pubblici poteri non sia arbitraria, estemporanea e discriminatoria. A tali fini, come detto *supra* (§ precedente), parrebbe infatti preposto il principio di *imparzialità*, che richiede che l’ordinamento stabilisca vincoli procedurali e sostanziali che, ponendosi come parametro di legittimità dei provvedimenti pubblici, siano in grado di garantirne il carattere razionale e non discriminatorio, anche consentendo che su di essi possa esplicitarsi un sindacato giurisdizionale *effettivo*. Il principio di imparzialità, dal canto suo, implica “soltanto” l’esistenza di *norme previe* che possano fungere da parametro di legittimità dei provvedimenti degli organi pubblici, non richiedendo invece che a disporle sia uno specifico organo (Parlamento, Governo, Ministro) e non un altro⁷².

Bologna 2000, 18 ss.; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss., 68; ID., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005, 149 ss.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino 2001, 165 ss., 225; E. OLIVITO, *In bilico tra gubernaculum e iurisdiction. Osservazioni costituzionalmente orientate sull’Autorità nazionale anticorruzione e sui suoi poteri regolatori*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2018, 38; R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, in *Nomos*, n. 1/2017; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica politica e democrazia*, Torino 2019, 50, 80 s.

Cfr. altresì c. cost., sent. n. 69/2017, punto 7.2 cons. in dir.: «poiché la ratio della riserva di legge di cui all’art. 23 Cost. è contenere la discrezionalità dell’amministrazione e prevenirne gli arbitrii “a garanzia della libertà e proprietà individuale” (sentenza n. 70 del 1960), questa Corte ha altresì affermato che l’eventuale indeterminatezza dei contenuti sostanziali della legge può ritenersi in certa misura compensata dalla previsione di talune forme procedurali (sentenza n. 83 del 2015) aperte alla partecipazione di soggetti interessati e di organi tecnici. In questa logica, è stato dato rilievo alla previsione di determinati “elementi o moduli procedurali” (sentenza n. 435 del 2001) che consentano la collaborazione di più enti o organi (sentenze n. 157 del 1996 e n. 182 del 1994) – specie se connotati da competenze specialistiche e chiamati a operare secondo criteri tecnici, anche di ordine economico (sentenze n. 215 del 1998, n. 90 del 1994 e n. 34 del 1986) – o anche la partecipazione delle categorie interessate (sentenza n. 180 del 1996). La possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge, ai fini della valutazione del rispetto dell’art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. In questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti».

⁷² Resta infatti sullo sfondo il tema della *fonte* della norma: l’esigenza di garanzia,

Pare, invece, che il principio di legalità sia diretto ad assicurare che l'azione dei pubblici poteri risulti intimamente *democratica*, richiedendo che le "norme previe" – quantomeno *di principio* – dirette a vincolarla siano poste dall'organo che, includendo al suo interno le *minoranze*, rappresenta la più diretta e fedele espressione degli orientamenti politici: il Parlamento. Sembra, insomma, che il principio di legalità sia prevalentemente connotato da un'intima *valenza democratica*⁷³.

In coerenza, invece, con una concezione del principio di legalità focalizzata sulla garanzia della posizione del *singolo* dalle ingerenze dell'azione dei poteri pubblici, la teoria dei poteri impliciti suggerisce che il "principio di legalità procedurale" sia in grado di rappresentare una valida forma di garanzia *alternativa*. Da tale concezione non sembra peraltro discostarsi neanche quella parte della dottrina che, pur rivolgendo forti critiche alla teoria dei poteri impliciti, considera il principio di legalità inderogabile con riferimento ai *provvedimenti concreti* – specie se *limitativi* della sfera patrimoniale – e non agli atti *normativi*⁷⁴.

infatti, ben può essere soddisfatta anche se la norma viene posta da un regolamento del Governo o da un decreto ministeriale. Quanto poi questi atti amministrativi normativi debbano essere vincolati, nel loro *an* e nel loro *quomodo*, da una previa legge, sembra un problema prettamente inerente al principio di legalità, nella sua preponderante valenza democratica (come si dirà meglio *infra*). Questo assunto sembra confermato da quanto sostenuto da L. CARLASSARE, *Legalità*, cit., 5: è «chiaro che ben diverse essendo le esigenze di determinatezza richieste per l'emanazione di atti amministrativi e di regolamenti, questi ultimi potranno concorrere a integrare la disciplina dei primi (ponendosi così a parametro della loro legittimità), *in conformità ai principi legislativamente prefissati*».

Sulla necessità che gli organi amministrativi non siano titolari di poteri normativi v. *infra*.

⁷³ Cfr. L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, 5, la quale, richiamando proprio la «valenza democratica» del principio di legalità, afferma che «al di là delle ragioni dei privati – difesa dal potere arbitrario e tutela giurisdizionale –, anche dove non sono direttamente in causa posizioni individuali (destinatari di provvedimenti limitativi o di prestazioni) resta sempre la fondamentale ragione che le scelte, in democrazia, debbono spettare al popolo o agli organi ad esso direttamente collegati. Devono quindi essere espresse in atti del Parlamento: anche sotto questo profilo dunque la nozione solo formale di legalità si rivela assolutamente inadeguata».

Sul tema cfr. G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 247 ss.; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.*, 1962, 130 ss.; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, 1973, vol. XXIII, 659 ss.; V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 904 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1970, 81 ss.

⁷⁴ Le «pronunce qui in commento trascurano l'ampio dibattito sul punto e si servono della giurisprudenza amministrativa incline al riconoscimento alle autorità indipendenti di poteri impliciti di tipo regolatorio generale per giustificare i ben diversi poteri impliciti di tipo puntuale, che producono effetti giuridici diretti nella sfera dei destinatari e che

In definitiva, il principio di legalità sembra fornire proprio il criterio di distribuzione del potere normativo, nell'ottica di assicurare la democraticità del sistema⁷⁵, poiché attiene principalmente al rapporto, per così dire "interno", tra atti normativi. In base ad esso, gli atti secondari devono conformarsi ai dettami (più o meno generali) della legge, atto che proviene dalla sede della rappresentanza politica. Il principio di imparzialità, invece, sembra attenere (tra le altre sue implicazioni) al rapporto tra atti normativi (comunque disposti) e provvedimenti concreti, imponendo che i primi dispongano norme, procedurali e sostanziali, in grado di vincolare adeguatamente l'esercizio dei poteri provvedimentali, al fine di scongiurare il rischio di discriminazioni arbitrarie e di indebita partigianeria per uno degli interessi implicati nella vicenda da decidere, tanto più basso quanto più il potere pubblico risulti vincolato dall'ordinamento giuridico⁷⁶.

La teorizzazione di una sostituibilità della legalità sostanziale con la legalità procedurale non coglie dunque nel segno poiché la valenza pre-

perquanto necessitano di un fondamento legislativo altrettanto puntuale» M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, 299. La «dottrina e la giurisprudenza più equilibrate e attente ai molteplici interessi in gioco hanno precisato che la lettura finalistica dei poteri delle Autorità di regolazione, se è ammissibile a fronte dell'esercizio del potere regolatorio generale e astratto per le ragioni sopra messe in luce, non è di contro praticabile a fronte dell'uso di poteri regolatori provvedimentali. L'accezione riduttiva del principio di legalità che la teoria dei poteri impliciti porta con sé recede laddove vengano in rilievo esigenze di garanzia delle situazioni giuridiche soggettive direttamente e immediatamente incise dal potere amministrativo. Nel caso di provvedimenti che direttamente pongono limiti o prescrizioni oppure impongono prestazioni, "non è più sufficiente la predeterminazione della finalità, occorre anche la tipizzazione di quel determinato potere" [G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 703 ss.]» (*ivi*, 298; l'A., comunque, alla pagina precedente sottolinea il "doppio verso" della legalità, che «soddisfa, al contempo, esigenze di democraticità ed esigenze di garanzia dei privati»). Nello stesso senso, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli 2018, 143 ss. Sul punto, cfr. altresì E. BRUTI LIBERATI, *op. ult. cit.*, 88 ss. e v., di recente, Cons. Stato, sez. IV, n. 499/2019.

⁷⁵ La distribuzione del potere normativo è a tal fine fondamentale. Infatti, la «fonte è espressione di un potere; è lo strumento attraverso il quale si esercita il potere normativo da parte degli organi cui l'ordinamento lo attribuisce, i quali per ciò stesso rivestono un'importanza estrema, tanto da essere talora definiti essi stessi "fonti del diritto". Concetto di grande valore per il giurista massimamente interessato alla tematica dei soggetti cui appartiene il potere di emanare le norme: chi dispone delle fonti, dispone dell'ordinamento giuridico. Di qui l'estrema "politicità" della materia delle fonti che il suo carattere altamente tecnico non vale a celare; i rapporti tra fonti rispecchiano l'assetto di potere, corrispondono ai rapporti fra gli organi o soggetti che le emanano» (così L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, 2008, Annali II, t. 2, 547).

⁷⁶ In quest'ottica, il principio di tipicità risponderebbe alla medesima *ratio* di quello di imparzialità.

ponderante della prima sembra essere quella *democratica*⁷⁷. Per come è impostata, la teoria dei poteri impliciti parrebbe semmai riguardare il principio di imparzialità: può tale garanzia essere sostituita da meccanismi di partecipazione degli interessati al procedimento? La risposta sembrerebbe negativa: essi, infatti, *fanno parte* del principio di imparzialità. Se è vero che solo tramite la garanzia della possibilità di un'effettiva partecipazione al procedimento da parte dei destinatari degli effetti dei provvedimenti amministrativi è possibile ridurre al minimo il rischio che l'apparato pubblico, nel ponderare gli interessi in gioco, non li prenda tutti in considerazione in modo *adeguato*, è anche vero, tuttavia, che questa cautela non basta. Come detto, affinché gli organi pubblici che hanno il potere di incidere sulle concrete *situazioni giuridiche soggettive* possano definirsi *imparziali*, è necessario che i loro atti siano sufficientemente

⁷⁷ Ove pertanto si intendesse sostenere tale fungibilità, occorrerebbe esaminare le potenzialità *democratiche* della legalità procedurale (e non quelle "garantistiche"). Il tema è quantomai complesso ed esula dagli obiettivi primari di questo scritto: basti qui rilevare come i soggetti che in quest'ottica si vorrebbero protagonisti del procedimento normativo – *in sostituzione* del decisore politico – sarebbero inevitabilmente portatori non di idealità politiche e di concezioni del bene comune, bensì di interessi egoistici: il che non sembra propriamente la stessa cosa. Sulla differenza di fondo tra "rappresentanza politica" e "rappresentanza degli interessi" v. gli illuminanti passi di V. CRISAFULLI, *Partiti, Parlamento, Governo* (1967), in *Id.*, *Stato Popolo Governo*, Milano 1985, 209 ss.: i «partiti tendono, per loro natura e vocazione, a far valere e prevalere un determinato programma di azione politica, conquistando la direzione della vita pubblica e comunque influenzando – *in modo organico e continuativo* – sopra coloro che in atto la detengono. Sono, in altri termini, portatori di altrettante diverse concezioni dell'«interesse generale»: concezioni *di parte*, naturalmente, ma *totali*, se è vero, secondo l'acuta intuizione di Ugo Spirito, che in ogni partito si cela *in nuce* il «partito unico», poiché ognuno si pone, ad un tempo, come «parte» e come «tutto», ed è proteso verso il tutto. Sono, in sostanza, i medesimi motivi sui quali si suol fondare la contrapposizione tra rappresentanza «politica» e rappresentanza di interessi economico-professionali, o più largamente di gruppi (rappresentanze *lato sensu* corporative), che dovrebbero servire a caratterizzare i partiti, diversificandoli da altri fenomeni associativi, quali anzitutto i sindacati, che si propongono (o dovrebbero proporsi), invece, la tutela di limitati e particolari interessi, pur se collettivi. [...] il ruolo spettante ai partiti consiste nel decantare la grezza immediatezza degli interessi particolari, di cui pur sono concretamente materiati, misurandoli e commisurandoli alla stregua di una determinata interpretazione dell'interesse generale; nel comporre e ordinare in una prospettiva organica e unitaria gli specifici contingenti problemi, le singole puntuali esigenze scaturenti dallo sviluppo della vita associata; nel proporsi, infine, come bene è stato detto dall'Esposito, di influire «*in principio, in genere*, sulle decisioni politiche della comunità statale». I partiti, dunque, stando allo schema più comunemente accolto, ed accolto a chiare lettere dalla Costituzione, sono strumenti della rappresentanza «politica», intesa quale rappresentanza *generale*, ad essi spettando il compito di immettere il popolo come totalità nello Stato come unità».

vincolati dall'ordinamento giuridico. La partecipazione al procedimento, dunque, *si aggiunge* alla "garanzia della previa norma", e non può sostituirla: entrambe contribuiscono a comporre il mosaico del principio di imparzialità.

È chiaro, inoltre, che, se le norme giuridiche devono rappresentare un vincolo *effettivo* per i soggetti cui sono attribuiti poteri provvedimentali, esse non possono essere predisposte da questi ultimi, che, altrimenti, sarebbero in condizione di modificarle *ad libitum*, vanificandone proprio l'attitudine vincolante. Di conseguenza, la legittimità dell'attribuzione di poteri normativi alle autorità regolatorie appare piuttosto problematica⁷⁸.

In sintesi, la ricostruzione delle autorità regolatorie come organi di garanzia, a cui si ispirano tanto le norme sul funzionamento delle autorità quanto la gran parte della dottrina, sembrerebbe aver avuto come conseguenza l'affermazione di uno *status* di indipendenza che, in quanto poco coerente con i principi di sistema, non potrebbe che risultare squilibrato. L'unica strada percorribile per una risoluzione del problema parrebbe la riconduzione delle autorità regolatorie al circuito dell'indirizzo politico. A sostegno di tale conclusione, appare utile prendere in esame un caso concreto, della massima rilevanza, che sembrerebbe rappresentare uno stimolo ad affrontare con premura le questioni ancora aperte relative all'assetto della regolazione del mercato.

6. *Il "caso Amazon" come stimolo a riflettere sul futuro della regolazione*

Con il provvedimento n. 29925/2021⁷⁹ l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha disposto una sanzione di oltre un miliardo di euro⁸⁰ alle società Amazon Europe Core S.à.r.l., Amazon Services Europe

⁷⁸ Il rischio insito nell'opposta conclusione, «come è stato acutamente messo in luce, è [di] rendere le autorità di regolazione "autentici sovrani (quasi assoluti) del settore loro affidato" [N. BASSI, *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa fra regole costituzionali e norme comunitarie*, in *Foro amm. Tar*, 2002, 1900 ss.], oltretutto in assenza di una espressa legittimazione democratica e di una responsabilità politica» (M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, 298). «Questa conclusione non muta neppure nell'ipotesi in cui gli obiettivi siano stati fissati dalla normativa europea, perché il dovere di ciascuna istituzione nazionale di contribuire all'attuazione del diritto dell'Unione europea non può prevalere sul principio di legalità e sul principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi» (*ivi*, 299, nota 24).

⁷⁹ Bollettino n. 49 del 13 dicembre 2021.

⁸⁰ Per la precisione, 1.128.596.156,33 euro.

S.à r.l., Amazon EU S.à r.l., Amazon Italia Services S.r.l. e Amazon Italia Logistica S.r.l. per violazione dell'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

Alla base del provvedimento, vi è l'accertamento di un abuso di posizione dominante nel mercato nazionale dei servizi di intermediazione su piattaforme di *e-commerce* (*marketplace*⁸¹). In particolare, la strategia abusiva attuata da Amazon consisterebbe nell'aver condizionato «l'ottenimento da parte dei *retailer* di un insieme di vantaggi in termini di visibilità delle offerte e crescita delle *performance* su *Amazon.it* all'acquisto del servizio di logistica offerto dalla Società (*Fulfillment by Amazon – FBA*)»⁸². In altre parole, ad avviso dell'AGCM, Amazon ricoprirebbe una posizione di dominio incontrastato nel mercato dei servizi di intermediazione su *marketplace*, su cui avrebbe fatto leva per ampliare il proprio potere sia in tale mercato che in quello dei servizi di logistica per *e-commerce*⁸³, condizionando la visibilità dei prodotti sulla piattaforma *Amazon.it* – essenziale affinché le *chances* di vendita siano *effettive* – all'acquisto, da parte dei rivenditori, dei servizi di logistica FBA offerti da Amazon stessa⁸⁴.

La sanzione disposta dal provvedimento è di enorme entità: eppure, sulla base di quanto detto in precedenza, non dovrebbe essere considerata *penale*, poiché non in grado di colpire l'integrità della *sfera personale* di alcuno. L'impostazione del provvedimento corrisponde a questa visione e alla connessa concezione della regolazione del mercato come funzione *amministrativa*, oppure presuppone la più diffusa idea della regolazione

⁸¹ I «servizi di intermediazione su piattaforme di commercio elettronico (*marketplace*) corrispondono all'insieme dei servizi erogati dal proprietario e gestore della piattaforma a vantaggio di operatori economici che intendono vendere i propri prodotti *online*, al di fuori di un proprio sito *web*, mantenendo la titolarità del rapporto con il consumatore finale» (punto 508).

⁸² Punto 503.

⁸³ Punti 505 s.

⁸⁴ Il «comportamento abusivo contestato ad Amazon consiste nell'aver abbinato l'insieme delle funzionalità indispensabili per il successo della propria offerta su *Amazon.it*, grazie alla maggiore visibilità e un aumento delle vendite, a *FBA*, il servizio di logistica offerto dalla Società. In tal modo, sul proprio *marketplace*, Amazon ha artificiosamente unito due servizi distinti: la presenza sulla piattaforma a condizioni remunerative (possibilità di non essere soggetto alla valutazione delle proprie *performance*, di offrire prodotti con l'etichetta *Prime*, di vendere durante gli eventi speciali e di avere alte *chance* di vincere la *BuyBox*) e il servizio *FBA* per l'evasione degli ordini – al fine di creare un incentivo illecito all'acquisto di *FBA*, in assenza di modalità alternative di accesso ai medesimi vantaggi, che prescindano dall'uso di *FBA*» (punto 713).

come funzione *di garanzia*? Inoltre, cosa ancor più importante, l'attuale assetto delle autorità regolatorie agevola l'adozione di provvedimenti incisivi (com'è senza dubbio quello in esame), che appaiono decisivi per la conformazione di un mercato scevro di atti di prepotenza e prevaricazione, o la inibisce? Rafforza o mina la loro stabilità?

In relazione al primo interrogativo parrebbero anzitutto interessanti le modalità con cui l'AGCM giunge ad individuare il "mercato rilevante"⁸⁵.

I *marketplace* vengono definiti "piattaforme a due versanti", poiché si pongono in relazione con due gruppi di utenti: i venditori e i consumatori⁸⁶. I due "lati" delle interazioni di questo tipo di piattaforme vanno considerati appartenenti a due mercati distinti, come sostiene l'AGCM, oppure sono da ritenersi parte di un unico mercato del prodotto, in linea con quanto affermato da Amazon⁸⁷? Il problema non è di poco conto

⁸⁵ Sulla definizione di mercato rilevante cfr. G. BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, in *Temi e problemi. Collana di studi sui temi della concorrenza e della disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa*, n. 1/1995: «il mercato rilevante può essere definito come il più piccolo contesto (insieme di prodotti, area geografica) nel cui ambito è possibile, tenendo conto delle esistenti possibilità di sostituzione, la creazione di un significativo grado di potere di mercato».

⁸⁶ Punti 509-511.

⁸⁷ I termini del problema sono i seguenti: mentre Amazon propende per l'identificazione di un unico mercato del prodotto, l'AGCM adotta invece una prospettiva "*multi-mercato*": le argomentazioni della società appaiono tutte focalizzate sul consumatore e sui suoi bisogni, mentre quelle dell'autorità ispirate dall'esigenza di garantire che le condizioni di concorrenzialità connotino *ogni porzione* del mercato.

Amazon, infatti, sottolinea come nel proprio modello di *business* il consumatore finale assuma una posizione di assoluta centralità: ai fini della delimitazione del mercato rilevante, occorrerebbe dunque analizzare la *sostituibilità* delle scelte di mercato assumendo unicamente la prospettiva del consumatore. Ove si riscontri, in altre parole, che le piattaforme *online* non sono indispensabili al consumatore per soddisfare i propri bisogni di acquisto e che questi può senza difficoltà ricorrere ad altri canali – operando una scelta effettivamente libera in quanto scevra da ostacoli *di fatto* – il mercato dei servizi di intermediazione su *marketplace* non potrà considerarsi rilevante. Sulla base di ciò, poiché Amazon giudica sostituibili i *marketplace* per i consumatori, il mercato non potrebbe di conseguenza reputarsi rilevante, il che escluderebbe *ab origine* la configurabilità di una condotta di abuso di posizione dominante (cfr. punti 512 e 515).

Nell'ottica dell'AGCM, invece, la sostituibilità del mercato va valutata *per ogni sua porzione*, vale a dire per ognuno dei due versanti di interazione generati dal mercato dei servizi di intermediazione su *marketplace*: quello con i rivenditori e quello con i consumatori. In altre parole, il grado di sostituibilità della piattaforma per i rivenditori non sarebbe paragonabile a quello relativo al lato dei consumatori (punti 515 ss.). Le «decisioni dei *retailer* sono caratterizzate da rapporti di sostituibilità tra i vari canali di vendita (siti proprietari, siti di *price comparison*, canale fisico) di grado diverso da quelli che connotano le scelte dei consumatori. In generale, non si può accogliere la posizione della Parte, che sostiene l'esistenza di piena sostituibilità tra tutti i canali di vendita di cui il

poiché, a seconda dell'ottica prescelta, possono mutare le conclusioni in ordine alla *sostituibilità* del mercato, dunque alla sua *rilevanza* e, di conseguenza, alla stessa configurabilità della condotta di abuso di posizione dominante⁸⁸. Il punto che qui interessa, tuttavia, è il seguente: si tratta di una questione di interpretazione e applicazione delle disposizioni in materia di concorrenza – non diversa da quella che si trova a dover risolvere ogni giudice nell'esercizio della propria funzione – oppure di una *scelta*, da effettuarsi *nei limiti* di tali norme?

Né l'AGCM né Amazon, nelle proprie argomentazioni, fanno strettamente riferimento a parametri normativi – per quanto generali –, presentando il proprio modo di interpretarli e affermando l'erroneità dell'altro⁸⁹. Le due tesi riportate nel provvedimento paiono invece espressione di due

consumatore dispone per i propri acquisti: la sola esistenza di una “multicanalità” nelle abitudini di acquisto dei consumatori non è indicativa della sostituibilità tra i diversi canali nella prospettiva dei *retailer*, ovvero i soggetti che rappresentano la domanda nel mercato considerato» (punto 515).

La società, dunque, fonda i propri argomenti difensivi sull'esigenza di garantire il benessere del consumatore finale, che ritiene assolutamente preponderante: sulla base di ciò, riconduce entrambi i versanti delle interazioni generate dai *marketplace* ad un unico mercato del prodotto. L'AGCM, invece, adottando una prospettiva multi-mercato, prende in considerazione il versante di interazione *marketplace*-consumatore solo nella stretta misura in cui possa influire su quella *marketplace*-rivenditore. Sulla base di ciò, l'Autorità individua un mercato rilevante assai più circoscritto di quello indicato da Amazon: «tenuto conto dell'argomentata assenza di sostituibilità tra i *marketplace* e gli altri possibili canali di vendita *online*, così come delle abitudini di acquisto dei consumatori, dei diversi modelli di *business* adottati dai *marketplace* e dell'ancora scarsa incidenza delle vendite transfrontaliere, il mercato rilevante su cui sarà apprezzata la posizione di Amazon comprende le piattaforme di *e-commerce* in lingua italiana che offrono ai venditori terzi servizi di intermediazione che consentono loro di raggiungere i consumatori italiani che acquistano *online*» (punto 592).

⁸⁸ La condotta illecita ai sensi dell'art. 102, comma 1 TFUE è rappresentata dallo «sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o *su una parte sostanziale di questo*» (corsivo aggiunto). In presenza di piena sostituibilità, una parte del mercato non può considerarsi sostanziale (*alias*: rilevante).

In materia di disciplina della concorrenza cfr. *ex plurimis* M. CLARICH, I. MARRONE, *Concorrenza (Autorità Garante della concorrenza e del mercato)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1995; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit., 115 ss.; G. TESAURO, M. TODINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. dir.*, 2001, Agg. VI, 112 ss.; M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. soc.*, 2003, 439 ss.

⁸⁹ Ciò non significa, naturalmente, che non possa darsi il caso di due interpretazioni della/e stessa/e disposizione/i che possano considerarsi entrambe corrette, come insegna specialmente la giurisprudenza costituzionale relativa alle sentenze interpretative e all'interpretazione conforme. Significa, invece, che tendenzialmente ogni soggetto (specie se

diverse concezioni di fondo del funzionamento del mercato che non trovano corrispondenza in parametri normativi determinati (pur non violandone direttamente alcuno): l'una tesa a dare grande risalto all'esperienza del consumatore, l'altra indirizzata in primo luogo ad operare meticolose distinzioni al fine di assicurare che nessuna porzione del mercato sfugga alla regola della concorrenzialità. Ciò sembra indice della circostanza che si esuli dall'ambito delle funzioni di garanzia, non indirizzate da altro vincolo esterno che dalle norme dell'ordinamento giuridico. Non sembra altresì privo di significato che la stessa AGCM utilizzi il verbo «scegliere» con riferimento all'alternativa tra la prospettiva multi-mercato e quella dell'unico mercato del prodotto⁹⁰: la “scelta” parrebbe richiamare la categoria della discrezionalità amministrativa, che rimanda a sua volta non alle funzioni di garanzia, ma a quella di cura degli interessi pubblici.

Questa conclusione parrebbe trovare riscontro nel condivisibile utilizzo, da parte dell'AGCM, dei concetti di ‘*indipendenza*’ degli operatori del mercato e di ‘*vincolo concorrenziale*’⁹¹. Invero, quando un soggetto assuma una posizione tale nel mercato – o in una sua porzione *rilevante* – da potersi comportare a piacimento⁹² senza temere alcuna conseguenza negativa, la dinamica concorrenziale si blocca: la crescita del suo volume di affari non sarà più legata ai *meriti* che la propria attività può vantare rispetto a quella altrui – ossia alla necessità di dimostrare una capacità di intercettare e soddisfare i bisogni di utenti e consumatori *maggior*e rispetto a quella degli altri operatori⁹³ – bensì alla propria *posizione di potere*. In altre parole, il soggetto “dominante” potrà aumentare i profitti senza che sia necessario incrementare l'*efficienza* della sua attività, essendo invece sufficiente far leva sul proprio potere che lo rende, appunto, *indipendente* dagli altri soggetti del mercato e dunque immune dal “*vincolo concorrenziale*”.

Ad avviso dell'AGCM nel caso in esame si sarebbe configurato proprio tale scenario: Amazon avrebbe accresciuto il proprio potere sia nel mercato dei servizi di intermediazione su *marketplace* che in quello dei

interessato) che sia chiamato ad interpretare il diritto tende ad assumere il significato che gli conferisce come vero *in via esclusiva*.

⁹⁰ Punto 510. *Ivi*, nota 210, si richiamano le diverse posizioni di dottrina e giurisprudenza e la prassi delle autorità regolatorie (europee e americane) nell'ambito di un dibattito ancora aperto.

⁹¹ Cfr., in particolare, punti 608 e 680 ss.

⁹² Ad esempio, aumentando sensibilmente i prezzi.

⁹³ Come normalmente dovrebbe essere in un mercato concorrenziale.

servizi di logistica per *e-commerce*⁹⁴ non sulla base di *meriti*, ma sfruttando il grande potere di cui già disponeva. La condotta di Amazon non sarebbe così «giustificata da alcuna ragione di efficienza nella gestione della piattaforma, che sia oggettiva, dimostrata e altrimenti non raggiungibile»⁹⁵ e cionondimeno la società non ne risulterebbe penalizzata proprio grazie al suo potere ed alla condizione di indipendenza che ne deriva⁹⁶, con danno sia per le altre imprese concorrenti che, in ultima istanza, per gli stessi consumatori⁹⁷.

Nel provvedimento si chiarisce che non è illecita la posizione di indipendenza in sé, ma il suo *sfruttamento* finalizzato ad accrescere il potere di mercato. Questa affermazione non appare convincente. Se, infatti, un'impresa conquista una posizione di indipendenza, come sopra definita, è fisiologico che ne faccia uso per accrescere ulteriormente il proprio volume d'affari. Non esiste un “*self-restraint*” dei soggetti del mercato rispetto alla “tensione al profitto” che naturalmente muove la loro azione⁹⁸. Non basta, in altre parole, l'affermazione che su un'impresa che è in una posizione di indipendenza gravano maggiori *responsabilità*, al punto che comportamenti normalmente ammissibili dovrebbero considerarsi illeciti se posti in essere da una posizione di dominanza⁹⁹. I vincoli non

⁹⁴ «Gli effetti restrittivi della condotta legante posta in essere da Amazon si sono prodotti sia ai danni dei suoi concorrenti nell'offerta di servizi di logistica per *e-commerce*, sia di quelli attivi nell'offerta di servizi di intermediazione su *marketplace*. Infatti, attraverso la strategia abusiva, Amazon ha, da un lato, sottratto agli operatori di logistica concorrenti una parte significativa della domanda dei *retailer* attivi sul *marketplace* della Società, impedendo lo sviluppo di una concorrenza effettiva su tale mercato. Dall'altro, la Società ha reso la vendita contemporanea su più piattaforme (cd. *multiboming*) più costosa per i *retailer* attivi su *Amazon.it*, causando la diminuzione della loro offerta sui *marketplace* concorrenti. 506. Amazon è così riuscita a sfruttare la posizione di *iper-dominanza* detenuta – sulla base di qualsiasi parametro utilizzato per l'apprezzamento del potere dell'impresa – nel mercato nazionale dell'offerta di servizi di intermediazione su *marketplace* per (i) accrescere la propria quota nel collegato mercato nazionale dei servizi di logistica per *e-commerce* (effetto di *leverage*) e (ii) rafforzare la propria dominanza nel mercato principale» (punto 505).

⁹⁵ Punto 504.

⁹⁶ Se tale condotta fosse stata posta in essere da altri operatori, invece, questi ne avrebbero subito le conseguenze, in termini di pregiudizio economico.

⁹⁷ Alla luce di ciò, sembra potersi definire *indipendente* l'impresa che sia dotata di un potere sufficiente a consentirle di porre in essere, senza subire conseguenze negative, comportamenti da cui, in un mercato concorrenziale, deriverebbe normalmente un pregiudizio economico.

⁹⁸ V. *supra*, § 4.

⁹⁹ Cfr. Punti 705 e 706. Si vedano inoltre le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea n. C-457/10 P del 6 dicembre 2012, nel caso *AstraZeneca AB e AstraZeneca*

possono che essere *esterni* ed *eteroimposti* oltre che *netti*: quando si tratta di un'impresa dominante, invece, il confine tra una crescita ulteriore fondata esclusivamente sui *meriti* ed una legata anche allo sfruttamento del proprio potere appare estremamente labile.

Allo scopo di assicurare la condizione di concorrenzialità del mercato appare dunque indispensabile scongiurare la stessa formazione di imprese 'indipendenti': in tal senso, le norme sulla concorrenza e i poteri regolatori – compreso quello sanzionatorio – pur formalmente diretti a colpire soltanto l'*abuso* di una posizione dominante, sembrerebbero in realtà tesi nella sostanza a prevenire e disincentivare quanto più possibile la sua stessa formazione.

Nonostante questa diversità di accenti, pare di poter confermare che l'impostazione dell'AGCM è più affine all'idea della regolazione suggerita in questa sede, che a quella che la considera come funzione di garanzia: anche se l'autorità non sembra trarne tutte le logiche conseguenze, ciò che appare dirimente è che essa sostenga la necessità di affermazione del "vincolo concorrenziale", che implica la negazione delle capacità *autoregolarie* del mercato, suggerita *supra*. Se infatti si asserisce l'esigenza di un vincolo, si presuppone logicamente anche l'imprescindibilità di una sua *eteroimposizione*, negando quindi, la capacità del mercato di *autolimitarsi* (e *autogovernarsi*) e, di conseguenza, il fondamento costituzionale di una funzione di garanzia nell'ambito di questo settore.

Al di là della sintonia, che sembra potersi riscontrare, tra la concezione della regolazione che emerge dal provvedimento in parola e quella ritenuta in questa sede compatibile con il dettato costituzionale, è ancor più importante focalizzare l'attenzione sul secondo dei quesiti posti *supra*.

Tralasciando l'analisi della correttezza delle risultanze istruttorie e delle valutazioni di merito compiute dall'AGCM, che esula dagli obiettivi di questo scritto, interessa qui interrogarsi sugli ostacoli che l'attuale assetto delle autorità regolatorie pone all'adozione di provvedimenti incisivi, come quello in parola, e alla loro stabilità.

Sotto il primo profilo, la scarsa responsabilità politica delle autorità regolatorie – pur variabile da caso a caso – sembra poter inibire la fermezza che risulta necessaria ogniqualvolta occorra prendere provvedimenti svantaggiosi nei confronti di soggetti forti. Non è evidentemente

plc c. Commissione, racc. digitale, §134 e n. C-413/14 P del 6 settembre 2017, nel caso *Intel Corporation Inc. c. Commissione*, §135. V. anche Causa T-228/97 del 7 ottobre 1999 nel caso *Irish Sugar plc contro Commissione delle Comunità europee*.

questo il caso: ciò, tuttavia, parrebbe dovuto alla circostanza che la decisione, seppur assunta in modo indipendente rispetto agli indirizzi degli organi politici nazionali, è giunta a valle di un procedimento condotto in stretta collaborazione con la Commissione europea¹⁰⁰, in virtù del fatto che la tutela della concorrenza è materia di competenza eurounitaria per eccellenza, architrave della creazione del mercato unico.

Sotto il secondo profilo, gli atti delle autorità regolatorie paiono oggi connotati da intrinseca precarietà, specie quando siano tesi a incidere in modo sfavorevole su interessi forti e venga esercitato un potere, quello sanzionatorio, dai confini incerti e dibattuti, che, come visto, si pone ai limiti tra l'amministrazione e la giurisdizione. Se infatti si accoglie la lettura dei connotati della sanzione penale che si è proposta in questa sede (connessa con una concezione *amministrativistica* della funzione regolatoria), il provvedimento in esame non può considerarsi illegittimo per violazione della riserva di giurisdizione, perché la sanzione non è qualificabile come penale. Tuttavia, facendo leva sullo *status* di indipendenza (e in particolar modo sulle sue caratteristiche *eccedenti*¹⁰¹) potrebbe rilevarsi la violazione dell'art. 1, comma 2 Cost.¹⁰²: problema che potrebbe travolgere "a cascata" – specie a seguito della sent. n. 13/2019 della Corte costituzionale – la legittimità non solo di questo, ma di tutti i provvedimenti adottati dalle autorità.

Se, invece, non si accoglie la lettura della sanzione penale qui suggerita (in virtù di una concezione *garantistica* della funzione regolatoria), si potrebbe far leva sugli aspetti deficitari dello *status* di indipendenza, affermando che le sanzioni penali possono spettare soltanto ad organi davvero neutrali.

Alla luce di ciò, sembra dunque trovare conferma l'idea che l'unico modo per conferire stabilità alla funzione regolatoria sia di ricondurla *con chiarezza* all'ambito del circuito dell'indirizzo politico – nazionale o

¹⁰⁰ A seguito dell'emissione del provvedimento, la Commissione ha diramato una nota in cui ha fatto sapere di considerarlo «un esempio di coordinamento riuscito tra la Commissione europea e l'Autorità italiana garante della concorrenza», evidenziando la «stretta collaborazione» tra le due autorità «nell'ambito della Rete europea della concorrenza ('Ecn') per garantire la coerenza con le indagini in corso» a livello dell'Unione europea (https://www.ansa.it/sito/notizie/economia/2021/12/09/ue-bene-collaborazione-con-italia-su-multa-amazon_da0b1192-998e-4d8e-8734-797683e8f196.html).

¹⁰¹ Non sembra però questo il caso: per quanto il provvedimento possa essersi basato su valutazioni discrezionali, non può comunque considerarsi frutto dell'esercizio di un "potere implicito".

¹⁰² V. *supra*, § 4.

eurounitario, a seconda dei settori di competenza – scegliendo di espungere dalla denominazione “autorità amministrativa indipendente” il secondo aggettivo.

7. Conclusioni

Partendo dall’analisi della problematica categoria delle sanzioni amministrative *sostanzialmente penali* e dei connotati della sanzione penale – condotta alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza costituzionale e di legittimità – si è tentato in questa sede di sostenere che la denominazione “autorità amministrativa indipendente” rappresenti un ossimoro, emblema della natura ibrida della autorità che sembrerebbe derivare da una scelta poco affine al dettato costituzionale, quella di considerarle come organi *di garanzia*.

Anche attraverso l’esame di un provvedimento sanzionatorio di ingente portata, quello adottato dall’AGCM nei confronti della società Amazon, si è provato ad evidenziare che fin quando il problema dell’incerto inquadramento dello *status* delle autorità regolatorie non avrà trovato soluzione consolidata, sarà difficile evitare che, in un modo o nell’altro, si sollevi il problema della legittimità degli atti regolatori, che deriva da quello, più profondo, della loro precaria *legittimazione*, che potrebbe trovare soluzione soltanto con una chiara riconduzione delle autorità al circuito dell’indirizzo politico.

A questa condizione, pare di poter affermare che la funzione di regolazione del mercato non solo è compatibile con la Costituzione, ma ne rappresenta persino una forma di *attuazione*, in linea con l’obiettivo fondante del costituzionalismo: porre regole e limiti al potere – non solo *pubblico*, ma anche *privato* – al fine di scongiurare il pericolo di un suo uso arbitrario e dannoso. Risulta dunque decisivo che la regolazione venga presto ad assumere un assetto in grado di assicurarne la stabilità e l’efficacia.

ATTUALITÀ

*Dalla rimessione della questione di costituzionalità alla definizione del giudizio a quo “senza la Corte”: verso la responsabilità disciplinare del magistrato?**

Costanza Nardocci

SOMMARIO: 1. A premessa: revoca del provvedimento di sospensione (o dell'ordinanza di rimessione?) e responsabilità disciplinare del magistrato. – 2. Dalla questione alla decisione della Corte costituzionale. – 3. Dove “finisce” l'incidentalità? Sulla (illegittima) prosecuzione del giudizio principale. – 4. ... le sue conseguenze “esterne”: sulla responsabilità disciplinare del giudice *a quo*. – 5. In conclusione: la (illegittima) riappropriazione del giudizio principale all'incrocio tra *tutela* dei diritti e *certezza* del diritto.

1. A premessa: revoca del provvedimento di sospensione (o dell'ordinanza di rimessione?) e responsabilità disciplinare del magistrato. – Con sentenza n. 127 del 2021, la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità della questione di costituzionalità, sollevata dal Tribunale ordinario di Lecce, in relazione agli artt. 438, comma 6, e 458, comma 2, c.p.p. per dedotta violazione degli artt. 24 e 111 Cost.

Il Giudice costituzionale ha, inoltre, con una segnalazione disposto la trasmissione degli atti del giudizio al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione per gli “eventuali provvedimenti di competenza”, a fronte della decisione con cui il giudice *a quo*, nelle more del giudizio di costituzionalità, ha dapprima sospeso il giudizio principale per poi, viceversa, disporre la prosecuzione sino a definirlo senza attendere il previo pronunciamento della Corte costituzionale.

La decisione costituzionale offre almeno due spunti di sicuro interesse, oltre ai profili di diritto penale sostanziale e processuale su cui non ci si sofferma¹.

Un primo aspetto investe le relazioni tra il giudice *a quo* e la Corte costituzionale nel governo della questione di costituzionalità. La decisione della Corte

* La pubblicazione del presente contributo è stata anticipata sul sito web della *Rivista* in data 12 aprile 2022.

¹ Approfondisce, invece, il contenuto delle censure e i profili di merito in rapporto alla decisione della Corte costituzionale, G. DI LEO, *La Corte costituzionale conferma l'attualità del sistema di sindacato, introdotto con la sentenza n. 169 del 2003, sui provvedimenti di rigetto della richiesta di giudizio abbreviato (a proposito della recente modifica dell'art. 438, comma 6, c.p.p.)*, in *Sistema Penale*, 2021, 1 e ss.

offre infatti l'occasione per ragionare su temi classici della giustizia costituzionale: le modalità di accesso al giudizio di costituzionalità e la sua *ratio*, il ruolo del giudice *a quo* in rapporto ai diritti delle parti, gli effetti delle condotte del remittente nelle sue relazioni, talvolta conflittuali, con le competenze costituzionalmente riservate in via esclusiva alla Corte, la identificazione e la gestione delle "patologie" del giudizio *a quo*.

In secondo luogo, il provvedimento che accompagna la sentenza e con cui il Giudice costituzionale ha disposto la trasmissione degli atti del giudizio al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione induce a riflettere sul rilievo disciplinare del comportamento del magistrato ai sensi della normativa vigente². Ci si riferisce ad un tema che si ripercuote sui rapporti tra giudici comuni e Giudice costituzionale e che la pronuncia sviluppa secondo una costruzione più oppositiva che collaborativa³, palesando la propria contrarietà rispetto all'operato del giudice *a quo*, richiamato "all'ordine" tramite una segnalazione formale all'organo incaricato di promuovere l'azione disciplinare.

2. *Dalla questione alla decisione della Corte costituzionale.* – La questione portata dal Tribunale ordinario di Lecce all'attenzione della Corte costituzionale aveva ad oggetto le norme del codice di procedura penale che, ad avviso del remittente, prevedevano la non ri-proponibilità in sede di udienza dibattimentale della richiesta di giudizio abbreviato. Nel caso di specie, si trattava di una richiesta di rinnovazione dell'istanza condizionata all'acquisizione di documentazione relativa alle indagini difensive e all'ascolto di un teste, presentata dall'imputato e inizialmente rigettata dal giudice delle indagini preliminari.

Ad avviso del giudice *a quo*, le norme di cui agli artt. 438, comma 6, e 458, comma 2, c.p.p., consentirebbero infatti la rinnovazione della richiesta di rito speciale nell'ambito dell'udienza dibattimentale, che sia stata precedentemente rigettata dal giudice delle indagini preliminari oppure dal giudice dell'udienza preliminare, esclusivamente per il giudizio immediato, ma non anche per il giudizio abbreviato a fronte delle modifiche legislative apportate dalla l. n. 33 del 2019, *Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo*.

Simile differenziazione tra la disciplina applicabile ai due riti speciali, che ammetterebbe solo per il giudizio immediato, ma non per l'abbreviato, la rin-

² Come noto, il riferimento è al D.lgs. n. 109 del 2006, *Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005*, n. 150.

³ Così F. DAL CANTO, *La stizza della Corte dinanzi al giudice irrispettoso*, in *Giustiziainsieme*, 2021, che enfatizza la reazione quasi esagerata della Corte costituzionale di fronte alla condotta del giudice *a quo*.

novazione della domanda nell'ambito dell'udienza dibattimentale, veniva ritenuta dal giudice *a quo* lesiva degli artt. 24 e 111 Cost., poiché, da un lato, "la mancata previsione di un sindacato giurisdizionale sul rigetto della richiesta del rito abbreviato, si risolv[e] in un'irragionevole limitazione del diritto di difesa [...]" e, dall'altro, poiché essa stride con i "criteri di economicità processuale propri del rito alternativo e [...] coerenti col principio di cui all'art. 111 della Costituzione".

Nell'argomentare la non manifesta infondatezza della questione, il remittente riprendeva la decisione n. 169 del 2003, con cui la Corte costituzionale aveva dichiarato la non conformità a Costituzione di quelle medesime disposizioni, nella parte in cui non prevedevano la reiterazione della richiesta di rito abbreviato, condizionato ad una integrazione documentale, nella fase pre-dibattimentale proprio al fine di consentire uno scrutinio successivo rispetto al sindacato preliminare effettuato, alternativamente, dal giudice delle indagini preliminari oppure da quello dell'udienza preliminare.

Ad avviso del giudice *a quo*, il legislatore avrebbe però successivamente abrogato, con legge n. 33 del 2019, la disciplina previgente determinando il venir meno del controllo successivo del giudice del dibattimento sulla rinnovata richiesta di rito speciale formulata dall'imputato nella fase pre-dibattimentale. Il giudice *a quo* assegnava, quindi, alla novella legislativa del 2019 l'effetto di aver prodotto l'abrogazione del meccanismo processuale, introdotto in via pretoria dalla Corte costituzionale nel 2003, che, come detto, consentiva la riproposizione della richiesta di rito abbreviato nella fase pre-dibattimentale, per sostituirvi uno strumento analogo e però riservato in via esclusiva ai soli imputati per reati puniti con la pena dell'ergastolo.

Sarebbe stata la sostituzione, e non invece la integrazione, tra le due discipline – quella risultante dal *decisum* costituzionale e quella prodotta per effetto dell'intervento legislativo successivo – a porsi all'origine della questione di costituzionalità. Il remittente ignorando, cioè, la decisione costituzionale del 2003, sottoponeva alla Corte costituzionale una questione di legittimità su norme in verità già incise da una precedente declaratoria di incostituzionalità.

Quel che più conta è, però, che la vicenda non si esauriva con la sola rimessione della questione di costituzionalità.

Con nota del 15 febbraio 2021, il Tribunale ordinario di Lecce informava, infatti, la Corte costituzionale di aver disposto la prosecuzione del giudizio principale, poiché lo stato cautelare a cui risultava soggetto l'imputato avrebbe reso necessario "anticipare la trattazione" del giudizio e, soprattutto, la sollevata questione di legittimità costituzionale avrebbe dovuto considerarsi "superata dalla già intervenuta pronuncia sulla medesima questione [...] con sent. Corte Cost. n. 169/2003, sulla cui portata non [avrebbe] inciso la novella relativa all'art. 438 c.p.p. recata dalla L. n. 33/2019, inerente il diverso fenomeno dell'inammissibilità della richiesta, non in rilievo nel caso di specie".

Il giudice *a quo*, in definitiva, “cambia idea”, si riappropria del giudizio principale e lo definisce con una sentenza di condanna, di cui veniva data comunicazione alla Corte costituzionale con una nota successiva del maggio dello stesso anno⁴.

Dalla ricostruzione del *Ritenuto in fatto*, non è dato sapere se il giudice *a quo* abbia formalmente disposto la revoca del provvedimento di sospensione del giudizio *a quo*, dell’ordinanza di rimessione, o di entrambi, oppure si sia limitato ad adottare gli atti richiamati nelle due note⁵. Ciò che inequivocabilmente emerge dalle note trasmesse alla Corte è, però, la ritenuta inutilità dell’intervento del Giudice costituzionale e la evidente determinazione del giudice *a quo* a “fare da sé” nella risoluzione del giudizio principale.

Muovendo dal principio che vuole il giudizio di costituzionalità autonomo rispetto alle vicende successive del giudizio *a quo*, la Corte costituzionale ha dichiarato l’inammissibilità per erroneo presupposto interpretativo della questione, decidendo però anche di “sanzionare” la condotta del giudice tramite la trasmissione degli atti del giudizio al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione.

Ribadita la “perdurante rilevanza delle questioni prospettate”⁶, la cui sussistenza non dipende da vicende successive del giudizio *a quo*, ivi inclusi eventuali e, peraltro, non tempestivi né ammissibili mutamenti di “orientamento” del remittente quanto alla opportunità dell’intervento del Giudice costituzionale, la Corte censura la condotta del giudice affermando di non potersi “esimer[e] dal rilevare come detto provvedimento contrasti con quanto disposto dall’art. 23, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 [...]”; ciò che impone la trasmissione degli atti del presente giudizio al Procuratore generale presso la Corte di cassazione per gli eventuali provvedimenti di competenza⁷. La revoca del provvedimento di sospensione oppure anche, difettando la prima, la sola prosecuzione e la definizione del giudizio principale fonderebbe la invocata responsabilità disciplinare del Tribunale ordinario di Lecce.

Quanto al merito, la Corte non si discosta dal proprio precedente e rigetta

⁴ La vicenda presenta alcune affinità con quella commentata da M. D’AMICO in *Sulla revocabilità dell’ordinanza di sospensione del processo per incidente di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1988, 144 e ss., in cui il Pretore di Milano, dopo aver sollevato questione di legittimità costituzionale, aveva disposto la revoca del provvedimento di sospensione ritenendo che il decorso del tempo trascorso dalla trasmissione dell’ordinanza di rimessione avesse reso ormai irrilevante la questione di costituzionalità pendente. Il riferimento è al provvedimento adottato il 3 ottobre 1986, il cui contenuto è riportato da M. D’AMICO, 146.

⁵ Tra le parole chiave menzionate sul sito della Corte costituzionale compare un riferimento espresso alla “revoca dell’ordinanza di sospensione”, cosa che lascerebbe presupporre l’adozione da parte del remittente di un atto formale di revoca. Tuttavia, ciò non emerge dalla ricostruzione della parte in fatto, dando adito a qualche dubbio sulla effettiva sussistenza di un provvedimento formale da parte del giudice *a quo* per così dire interruttivo del legame di pregiudizialità tra i due giudizi.

⁶ Corte cost. sent. n. 127 del 2021, punto n. 2 del *Cons. in Dir.*

⁷ *Ibidem*.

l'impostazione del remittente, che interpretava la novella legislativa come abrogativa, invece che integrativa, del sistema normativo risultante dalla sentenza n. 169 del 2003⁸. Sarebbe la evocata, ma "insussistente"⁹, lacuna normativa rilevata dal giudice *a quo* a minare l'ammissibilità della questione, che, peraltro, oltre che muovere da presupposti interpretativi errati, poggia in verità su disposizioni oggetto di una precedente declaratoria di incostituzionalità. Si tratterebbe, in altre parole, di una questione di costituzionalità che il giudice *a quo* ha sollevato su norme di legge già annullate dalla Corte costituzionale e, perciò, non più esistenti.

Non potendo, in questa sede, dilungarsi sulle pure discutibili ragioni della decisione di inammissibilità, ci si limita a sottolineare che la Corte non chiarisce fino in fondo se il rigetto della questione di costituzionalità derivi dalla erroneità del presupposto interpretativo oppure, come si ritiene sarebbe stato più adeguato, sulla carenza di oggetto¹⁰ della questione medesima, perché inerente norme già annullate in occasione della sentenza n. 169 del 2003¹¹.

Oltre le criticità relative alla identificazione del vizio alla base della inammissibilità – presupposto interpretativo errato *vs.* carenza della norma oggetto – di cui poco si occupa la pronuncia, la Corte si sofferma invece più diffusamente sulla ricostruzione del quadro normativo e sulle ragioni della lettura viziata

⁸ A dimostrazione della centralità che la decisione n. 169 del 2003 riveste nella pronuncia in commento si pone anche un dato quantitativo: si tratta del precedente richiamato per ben 14 volte, a fronte dei riferimenti (singoli) a sole altre 5 sentenze della Corte. In definitiva, su 6 precedenti citati, uno è richiamato 14 volte.

⁹ *Ibidem*, punto n. 3 del *Cons. in Dir.* La Corte prosegue, infatti, affermando che: "la legge modificatrice [...] non ha [...] abrogato la norma espressa da tale disposizione, ma si è limitata ad integrarla, aggiungendo alla fattispecie processuale già prevista dal vecchio testo dell'art. 438, comma 6, cod. proc. pen. e rimasta inalterata nella nuova formulazione [...] una nuova fattispecie processuale (la riproposizione della richiesta di giudizio abbreviato già dichiarata inammissibile dallo stesso GIP all'inizio dell'udienza preliminare, per essere il reato contestato punito con l'ergastolo), assoggettando entrambe alla medesima disciplina. L'aggiunta in parola non fa venir meno la continuità normativa relativa alla fattispecie già esistente, né [...] l'addizione operata, rispetto a tale fattispecie, dalla sentenza n. 169 del 2003 [...]", così il punto n. 3.2.1. del *Cons. in Dir.*

¹⁰ La giurisprudenza costituzionale è pacifica in questo senso. Tra le più recenti, si vedano Corte cost. ord. n. 92, n. 105, n. 125, n. 203, n. 225 del 2020, tutte riguardanti declaratorie di incostituzionalità sopravvenute nelle more delle sollevate questioni di costituzionalità. Nello stesso senso, anche, Corte cost. ord. n. 71 del 2017, n. 208 e n. 54 del 2016, n. 226 e n. 173 del 2015; n. 261 e n. 206 del 2014, n. 321 e n. 177 del 2013, n. 315 e n. 182 del 2012.

¹¹ In proposito, valga precisare che la disposizione che viene posta all'origine della questione di costituzionalità sollevata "esiste" a tutti gli effetti, ma ciò che non "esiste (più)" e che rende, ad avviso di chi scrive, priva di oggetto la questione è, piuttosto, la norma che il giudice *a quo* trae dalla disposizione, cioè la regola della non ri-proponibilità della richiesta del rito alternativo condizionato dinanzi al giudice del dibattimento. Anche a fronte di una disposizione formalmente inalterata, se la norma che se ne ricava è stata annullata o manipolata dalla Corte costituzionale, una successiva questione su quella stessa norma di legge non potrà infatti che essere dichiarata inammissibile per carenza di oggetto. Non si tratta, cioè, di una questione di interpretazione (errata), ma di una questione di costituzionalità che il giudice *a quo* ha sbagliato a sollevare perché la norma di legge era già stata corretta da un precedente intervento della Corte. Aspetto di cui peraltro, anche se impropriamente, dà conto il giudice *a quo* nella nota inviata alla Corte costituzionale nel mese di febbraio del 2021.

del giudice, forse anche per “mettere ordine” e scongiurare nuove rimessioni di questioni di costituzionalità analoghe¹². Ammettendo la responsabilità del legislatore per l’omesso recepimento delle addizioni già richieste dalla Corte¹³, riconoscendo, cioè, che detta “incorporazione [...] sarebbe stata maggiormente funzionale a garantire la certezza del diritto, in una materia così densa di implicazioni per i diritti fondamentali come il processo penale”¹⁴, la Corte nega che l’effetto delle modifiche normative abbia posto nel nulla il portato della decisione costituzionale n. 169 del 2003.

Su questo aspetto, la pronuncia è chiarissima: “il silenzio – sottolinea la Corte – non può [...] essere interpretato come espressivo di una presunta volontà del legislatore di derogare al *decisum* della sentenza n. 169 del 2003 [...], in quanto la legge modificatrice [...] non ha [...] abrogato la norma espressa da tale disposizione, ma si è limitata ad *integrarla*, aggiungendo alla fattispecie processuale già prevista dal vecchio testo dell’art. 438, comma 6, cod. proc. pen. e rimasta inalterata nella nuova formulazione [...] una nuova fattispecie processuale [...], assoggettando entrambe alla medesima disciplina [*corsivo nostro*]”¹⁵.

Tutto ciò premesso e nonostante le criticità di cui si è detto sul piano delle ragioni della inammissibilità, a prescindere dalla circostanza che le norme oggetto ci “fossero” (e siano state erroneamente interpretate) o “non ci fossero” (cosa che avrebbe dovuto escludere la rimessione o, almeno, farne discendere l’accertamento della carenza di oggetto), la Corte rigetta la questione di costituzionalità, eliminando ogni dubbio sulla legittimità costituzionale della rinnovazione della richiesta di rito abbreviato condizionato nella fase processuale, che prelude all’apertura del dibattimento, riportando ad omogeneità le discipline dei due riti speciali.

3. Dove “*finisce*” l’*incidentalità*”? Sulla (illegittima) prosecuzione del giudizio principale. – Laddove sussistano e possano adeguatamente motivarsi la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, il giudice del giudizio principale non avrà altra opzione se non quella di sollevare la questio-

¹² Il Giudice costituzionale ripercorre l’evoluzione normativa che ha interessato la disciplina processuale del rito abbreviato condizionato, introdotto dall’art. 27, l. n. 479 del 1999, *Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice penale e all’ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti ai giudici di pace e di esercizio della professione forense*, c.d. “legge Carotti”, passando per la propria sentenza n. 169 del 2003, sino al più recente intervento del legislatore con l. n. 33 del 2019.

¹³ Corte cost. sent. n. 127 del 2021, punto n. 3.2. del *Cons. in Dir.*

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem*, punto n. 3.2.1. del *Cons. in Dir.* Per spiegare i rapporti tra la novella legislativa e il sistema normativo previgente, quale risultante dalla decisione n. 169 del 2003, la Corte costituzionale fa perno sul concetto di *subrogatio*, cioè non di intervenuta abrogazione bensì di integrazione tra le due normative.

ne di costituzionalità dinanzi alla Corte, disponendo la rimessione degli atti del processo e la sua sospensione. Così, stabilisce testualmente l'art. 23, della l. n. 87 del 1953.

La rimessione della questione di costituzionalità dinanzi al "suo" giudice e, con essa, la trasmissione del fascicolo del giudizio – tale che così si escluda che il giudice *a quo* possa compiere atti di disposizione del suo processo ormai sospeso e, quindi, non più materialmente in suo possesso –, non è, però, come noto, il solo adempimento che l'art. 23, l. n. 87 del 1953 pone in capo al giudice del giudizio principale. Ad esso, si affiancano gli obblighi di notifica e, come premesso, l'obbligatoria sospensione del giudizio principale di cui la questione di costituzionalità è, appunto, un incidente. In questo senso, è da escludere l'ammissibilità di provvedimenti dispositivi del giudice *a quo* successivi alla trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, fatta salva la sospensione; e, in questo stesso quadro, si inserisce l'art. 18 delle Norme Integrative, che codifica la regola della irrilevanza di qualsiasi fatto sopravvenuto rispetto allo svolgimento del giudizio di costituzionalità in virtù della sua autonomia rispetto a quello principale.

La sospensione del giudizio principale, che segue la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, è strettamente correlata alla natura del sistema incidentale. In essa, si traduce la regola secondo cui, una volta trasmessi gli atti alla Corte costituzionale, quest'ultima si appropria della questione di costituzionalità che non è più nella disponibilità del giudice *a quo*, il quale non potrà far altro se non attendere la pronuncia della Corte, dalla cui decisione dipende l'esito del giudizio sul caso concreto¹⁶. Ancora, nella sospensione si esprime il carattere pregiudiziale della questione di costituzionalità e del giudizio di costituzionalità rispetto a quello principale, che è qualcosa di più di una mera occasione¹⁷, non potendo il giudice *a quo* proseguire senza la previa pronuncia della Corte costituzionale secondo la nota costruzione della rilevanza, che non è mera pertinenza¹⁸ della questione al giudizio *a quo*, bensì nesso logico-giuridico che lega in termini di interdipendenza necessaria i due giudizi.

¹⁶ Per un approfondimento delle criticità che possono scorgersi quanto al ruolo ed alle prerogative del giudice *a quo*, ivi inclusa la eventuale possibilità di revoca dell'atto introduttivo del giudizio di costituzionalità, nell'arco temporale che intercorre tra la sospensione del giudizio principale e la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, si rinvia diffusamente a M. D'AMICO, *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione della questione di costituzionalità: nuovi spunti e nuovi problemi*, in *Giur. cost.*, 1989, 2237 e ss. e, anche, R. ROMBOLI, *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione per motivi sopravvenuti*, in *Il foro italiano*, 1990, 146 e ss.

¹⁷ Il riferimento qui è alla nota tesi sviluppata da F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sull'autonomia del giudizio costituzionale*, in *Rass. dir. pen.*, 1967, 221 e ss.

¹⁸ Sulla dicotomia rilevanza come pertinenza *v.* rilevanza come pregiudizialità, si vedano F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, «Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano 1972 e, in particolare, il riferimento è alla nota costruzione della rilevanza, rigettata dalla Corte con l'ord. n. 130 del 1971, suggerita nell'ordinanza di rimessione con cui il Pretore di Chieri dubitava della conformità a Costituzione dell'art. 23, l. n. 87 del 1953, "nella parte in cui, richiedendo la rilevanza della questione, esclude la proponibilità di eccezioni di costitu-

Nell'allontanarsi dallo schema appena tratteggiato, il caso in esame offre l'occasione per soffermarsi sulle anomalie del giudizio *a quo*, sintetizzabili in un tentativo di superamento delle logiche dell'incidentalità e, con essa, della natura del controllo di costituzionalità come sindacato accentrato ad iniziativa diffusa.

L'erroneità, nel senso della sua contrarietà alle norme del processo costituzionale, della condotta del giudice *a quo* – sia essa o meno comprensiva anche di una revoca formale del provvedimento di sospensione e dell'ordinanza di remissione¹⁹ –, è pacificamente suffragata dalle norme di legge che disciplinano il giudizio dinanzi alla Corte, dalla giurisprudenza costituzionale²⁰ e dalla dottrina prevalente²¹.

La decisione in commento avalla questa lettura. La Corte definisce “patologica”²² l'ipotesi in cui il giudice *a quo* disponga la prosecuzione del giudizio successivamente alla rimessione della questione di costituzionalità e ritiene tale violazione di tale gravità da motivare la trasmissione degli atti al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, suggerendo la sussistenza degli estremi di una responsabilità disciplinare del remittente²³.

La Corte non si dilunga sulle ragioni addotte dal remittente a giustificazione della propria condotta: da un lato, lo stato di custodia cautelare in cui versava l'imputato, che avrebbe reso necessaria la trattazione anticipata del giudizio

zionalità che, pur sorgendo nel corso di un giudizio, non si pongono come pregiudiziali rispetto alla definizione del giudizio stesso”, su cui si vedano le riflessioni di G. ZAGREBELSKY, *La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della questione incidentale di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, 1001 e ss; e di F. MODUGNO, *Sulla pretesa incostituzionalità del requisito della «rilevanza» per le questioni legimitatis*, in *Giuri. cost.*, 1971, 1218 e ss.

¹⁹ Discute della possibilità di scindere i due provvedimenti alla luce della unicità dell'atto di cui, viceversa, riferisce l'art. 23, l. n. 87 del 1953 M. D'AMICO, *Sulla revocabilità dell'ordinanza di sospensione del processo per incidente di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1988, 144 e ss. In questo senso, l'A. precisa che: “[I]a ratio della sospensione del processo *a quo* come provvedimento contestuale e inscindibile rispetto alla rimessione della questione alla Corte costituzionale sta dunque nella specifica caratteristica del nostro sistema di costituzionalità, e cioè nella sua ‘incidentalità’, che rende profondamente uniti e dipendenti il processo incidentato e quello incidentale. [...] La revoca della (sola) sospensione del processo *a quo* contrasterebbe allora non solo con la lettera della legge [...] bensì, e in modo più profondo, con la sua *ratio*, che è, appunto, quella di creare un vincolo effettivo fra il processo nel quale sorge la questione e il giudizio di costituzionalità”, così 167.

²⁰ In proposito, valga anche solo ricordare che la giurisprudenza costituzionale nemmeno consente la correzione dell'ordinanza di rimessione a seguito dell'instaurazione del giudizio di costituzionalità. Si veda, in questo senso, Corte cost. ord. n. 380 del 2000. Più in generale, depone nel senso della illegittimità della revoca la giurisprudenza che si oppone alla integrazione dell'atto introduttivo sia ad opera del giudice *a quo*, sia dalle parti, così come alla modifica, in senso estensivo oppure riduttivo, del *thema decidendum* fissato nell'ordinanza di rimessione. Su questi aspetti, più di recente, si consenta il rinvio a C. NARDOCCI, *Il “diritto” al Giudice costituzionale*, Napoli 2020.

²¹ In modo particolare, insistono sul carattere abnorme e lesivo delle norme sul processo costituzionale M. D'AMICO, *Sulla revocabilità dell'ordinanza di sospensione del processo per incidente di costituzionalità*, cit., e R. ROMBOLI, *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione per motivi sopravvenuti*, cit.

²² Corte cost. sent. n. 127 del 2021, punto n. 2 del *Cons. in Dir.*

²³ Su cui si veda, *infra*, il paragrafo seguente.

principale; dall'altro, la consapevolezza, che si scorge tra le pieghe della nota del 15 febbraio 2021, di aver errato nella interpretazione della norma oggetto alla luce della giurisprudenza costituzionale pregressa e nella valutazione della portata del mutato quadro normativo. Due esigenze legate a circostanze di fatto preesistenti, cioè non sopravvenute alla rimessione²⁴, ed espressive della presa di coscienza del giudice *a quo*, però tardiva, dell'erroneo presupposto interpretativo su cui poggiava la questione di costituzionalità sollevata.

A voler chiarire le specificità della vicenda, potrebbe dirsi che ci si trova al cospetto di una inammissibilità fittiziamente sopravvenuta. La questione di costituzionalità è, cioè, ritenuta dal giudice *a quo* insussistente non per ragioni realizzatesi successivamente alla sua rimessione, come potrebbe verificarsi a fronte di questioni sollevate su norme poi dichiarate incostituzionali nelle more della rimessione²⁵, bensì a motivo della difettosa interpretazione della giurisprudenza costituzionale formatasi sulle norme oggetto e già consolidata al momento della rimessione. Non una inammissibilità che sopraggiunge nell'arco temporale che separa la rimessione dalla decisione della questione, ma che preesiste alla prima.

A valle della risposta negativa della Corte che qui si condivide, ci si può interrogare se sia opportuno riflettere sulla intangibilità della regola che vieta sempre e in ogni caso la revoca del provvedimento di sospensione e dell'ordinanza di rimessione.

Ci si riferisce alla possibilità di ammettere la revoca dell'atto introduttivo in presenza di questioni sollevate su norme già dichiarate incostituzionali, cioè non più applicabili nel giudizio *a quo* perché già annullate dalla Corte, oppure in cui l'incostituzionalità intervenga nelle more del giudizio in via incidentale, cioè di incostituzionalità sopravvenuta. Ipotesi, in particolare la prima, in cui il giudice *a quo* erra nella individuazione della norma oggetto e nella delimitazione del *thema decidendum*, sollevando una questione di costituzionalità carente di

²⁴ La circostanza che l'ordinanza di rimessione sia stata (sostanzialmente) revocata per fatti non sopravvenuti, ma preesistenti alla rimessione allontana il caso in esame dalle ipotesi di cui discuteva la dottrina quando ragionava dell'istituto della revoca dell'atto introduttivo del giudizio di costituzionalità. Si osservava, infatti, che di regola le esigenze connesse alla revoca dell'ordinanza di rimessione sopraggiungono alla rimessione e non riguardano, quindi, ipotesi in cui il giudice *a quo* desideri in verità correggere oppure non ritirare integralmente l'ordinanza di rimessione. In questo senso, R. ROMBOLI, *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione per motivi sopravvenuti*, cit. 146.

²⁵ Si pensi a una questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice *a quo* a cui sopraggiunga, nelle more della rimessione alla Corte costituzionale dell'atto introduttivo, una decisione che dichiari l'illegittimità costituzionale della norma oggetto. In questi casi, forse, potrebbe ragionarsi della possibilità di ammettere la revoca dell'ordinanza di rimessione, a condizione ovviamente che sussista una perfetta coincidenza tra le due questioni di costituzionalità, quella sollevata dal remittente e quella, appunto, sopravvenuta. Non lo stesso potrebbe, invece, sostenersi laddove la Corte costituzionale dichiarasse infondata la seconda questione di costituzionalità, trattandosi in questa ipotesi di decisione sprovvista di efficacia *erga omnes*, cosa che potrebbe non escludere un diverso orientamento della Corte costituzionale in relazione ad una questione di costituzionalità che le pervenga in un momento successivo. Ragiona in questi termini R. ROMBOLI, *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione per motivi sopravvenuti*, in *Il foro italiano*, 1990, 146 e ss.

oggetto. Quando la questione di costituzionalità risulti *prima facie* inammissibile, nel senso che, se rimessa alla Corte, non andrebbe incontro se non ad una pronuncia di manifesta inammissibilità²⁶, la revoca del provvedimento di sospensione e dell'ordinanza di rimessione potrebbe agire a tutela della domanda di giustizia delle parti del giudizio *a quo*, che non si vedrebbero esposte a dover attendere i tempi del giudizio di costituzionalità²⁷.

L'avallo di simile ipotesi dovrebbe, però, tenere in adeguata considerazione almeno due aspetti cui se ne affianca un terzo che guarda al momento entro il quale il giudice *a quo potrebbe* esercitare detto potere di revoca.

Il primo. Anche dinanzi a questioni *prima facie* inammissibili, rimettere al giudice *a quo* una simile valutazione significherebbe inserire anche quest'ultimo nel circuito del sindacato di costituzionalità, riservato alla Corte, introducendo surrettiziamente un elemento di diffusione difficilmente conciliabile con il sistema incidentale.

In secondo luogo, una pronuncia di inammissibilità della Corte consentirebbe di assicurare una pubblicità adeguata al vizio in cui sia incorso il giudice *a quo*, prevenendo la rimessione di questioni di costituzionalità identiche e di rimediare così ad eventuali responsabilità del legislatore che abbia omesso di recepire il *decisum* costituzionale.

In terzo luogo, come osserva la dottrina²⁸, l'eventuale legittimità del provvedimento di revoca dell'ordinanza di rimessione dovrebbe circoscriversi alla fase temporale che precede il deposito dell'ordinanza di rimessione e la trasmissione degli atti del giudizio alla Corte costituzionale. Solo prima del deposito e della successiva pubblicazione dell'ordinanza, il giudice *a quo* è, infatti, ancora titolare

²⁶ In questo senso, di recente, si vedano le ordinanze nn. 92, 105, 125, 203, 225 del 2020; ordinanze nn. 69, 70, 91, 103, 203, 220, 257 del 2019. In senso conforme, anche, tra le molte, Corte cost. ord. n. 71 del 2017, n. 208 e n. 54 del 2016, n. 226 e n. 173 del 2015. La questione di costituzionalità dovrebbe ovviamente avere un oggetto identico a quella già definita dalla Corte. Diversamente, come la Corte si riserva la verifica della costituzionalità della norma oggetto non identica a quella già dichiarata incostituzionale, così il giudice *a quo* non deve ostacolare il giudizio della Corte ricorrendo ad un inammissibile provvedimento di revoca del provvedimento di sospensione oppure dell'ordinanza di rimessione.

²⁷ Valorizza la posizione della parte, soprattutto laddove sia quest'ultima a presentare al giudice la richiesta di revoca dell'ordinanza di rimessione a fronte di una sopravvenuta decisione di accoglimento della Corte, ragionando della opportunità di una rivisitazione della regola della illegittimità della revoca (specie laddove l'ordinanza sia stata emanata ma non ancora trasmessa alla Corte) M. D'AMICO, *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione della questione di costituzionalità: nuovi spunti e nuovi problemi*, cit. Per un approfondimento in prospettiva comparata dei rapporti tra giudizio *a quo* e giudizio di costituzionalità, cioè tra Corte e giudici, nell'ambito del sistema di giustizia costituzionale tedesco, si rinvia a K. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, Monaco 2021, in particolare 119-124, ripresi da N. FIANO, *Il fattore "tempo" nella giustizia costituzionale italiana e tedesca*, cit.

²⁸ Così, R. ROMBOLI, *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione per motivi sopravvenuti*, cit. e M. D'AMICO, *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione della questione di costituzionalità: nuovi spunti e nuovi problemi*, cit.

di un potere di disposizione degli atti del suo processo, che potrebbe ipoteticamente comprendere anche la revoca dell'ordinanza.

Verrebbero, così, ad essere ugualmente tutelate le esigenze delle parti del giudizio *a quo*, che beneficerebbero, grazie alla revoca, di una tempestiva composizione della controversia che le veda protagoniste²⁹, specie in ipotesi in cui l'istanza di revoca sia presentata su istanza di parte³⁰, e quelle generali legate alla certezza del diritto, alla uniforme ed eguale applicazione della legge e alla salvaguardia delle competenze della Corte, che solo la decisione costituzionale potrebbe garantire a tutti gli effetti³¹.

Una lettura favorevole alla revocabilità dell'ordinanza di rimessione in costanza di un palese difetto dei presupposti della questione ed esercitabile prima del suo deposito, era stata ipotizzata tra le righe dalla Corte costituzionale in una decisione risalente.

Con l'ordinanza n. 177 del 1987³², relativa ad una questione sollevata su norma dichiarata incostituzionale in un momento di poco antecedente al deposito dell'ordinanza di rimessione, la Corte aveva infatti affermato che il giudice *a quo* avrebbe potuto "astenersi" dal sollevare la questione³³, intravedendo almeno un

²⁹ Su questo aspetto, si puntualizza in dottrina che, più che la revoca, risponde e meglio tutela gli interessi delle parti del giudizio principale la definizione in tempi celeri del processo che si svolge dinanzi alla Corte costituzionale a cui si affianca l'esigenza di scongiurare ritardi, imputabili ai giudici *a quibus*, nella trasmissione degli atti dei rispettivi giudizi alla Corte una volta disposta la sospensione del giudizio *a quo*. In questo senso, R. ROMBOLI, *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione per motivi sopravvenuti*, cit.

³⁰ Si pensi al caso risalente, richiamato dalla dottrina, del TAR Lazio, Sez. III, ord. n. 1861 del 1989 ripreso e commentato da M. D'AMICO, *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione della questione di costituzionalità: nuovi spunti e nuovi problemi*, cit., e R. ROMBOLI, *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione per motivi sopravvenuti*, cit., in cui era stata la parte a richiedere al giudice la revoca dell'ordinanza di rimessione della questione di costituzionalità e a cui aveva fatto seguito la risposta negativa del giudice *a quo*. In questo senso, si esprimeva, anche, M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano 1957.

³¹ Si precisa che il riferimento alla certezza del diritto non va evidentemente inteso nella prospettiva degli effetti della decisione costituzionale che, in quanto di rigetto, è sprovvista di effetti *erga omnes*. Piuttosto si ritiene che la pronuncia della Corte, ancorché di inammissibilità, garantirebbe comunque una forma di pubblicità all'errore in cui sia incorso il remittente nel sollevare la questione di costituzionalità su norma già caducata, seppure con pronuncia manipolativa dalla Corte. Per un approfondimento in dottrina sulle caratteristiche e, per quanto qui più interessa, sugli effetti delle decisioni processuali, si rinvia diffusamente a M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984. Per un approfondimento sulla tesi dottrinale che esclusi che sulle decisioni di rigetto si formi il giudicato costituzionale, si veda diffusamente V. CRISAFULLI, *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di T. Ascarelli*, Milano 1969, 394, che riprende le tesi di G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Riv. ital. scienze giuridiche*, 1933, 3 e ss.; in senso analogo, anche, A. PIZZORUSSO, cit., 189.

³² Richiamava la decisione in esame, M. D'AMICO, *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione della questione di costituzionalità: nuovi spunti e nuovi problemi*, cit., 2245.

³³ Così si esprimeva la Corte: "[c]onsiderato che le norme impugnate sono già state dichiarate illegittime da questa Corte, sotto il medesimo profilo, con la sentenza n. 46 del 19 febbraio 1985 [...]; Considerato, inoltre, che il deposito dell'ordinanza di rimessione è successivo alla pubblicazione della predetta sentenza n. 46 del 1985 e che, pertanto, ben poteva il giudice *a quo* astenersene, essen-

caso in cui, forse³⁴, avrebbe potuto ammettersi la revoca dell'atto introduttivo. Si trattava di una ipotesi di revocabilità dell'atto introduttivo legata al difetto, preesistente alla rimessione, dei presupposti per la corretta instaurazione del giudizio di costituzionalità e che la Corte sembra suggerire perché non ancora formalmente investita della questione.

Il difetto dei presupposti e il suo accertamento da parte del giudice *a quo*, sì da giustificare la volontà di revocare l'atto introduttivo, può però non essere sempre agevole. Talvolta, può accadere che esso risieda in un problema interpretativo che segue l'omesso adeguamento da parte del legislatore della norma di legge oggetto della questione "nuova" ad una precedente decisione di incostituzionalità. Quando cioè la lettera della legge è poco chiara, il giudice *a quo* può essere indotto in errore e sollevare una questione di costituzionalità su una norma già corretta dalla Corte. A voler ridimensionare le responsabilità del remittente, si tratta di circostanza che non si allontana dal caso in esame.

In queste ipotesi, prevedere la revoca dell'ordinanza di rimessione pure in presenza di una questione di costituzionalità sollevata su una norma già incisa da un precedente intervento della Corte richiederebbe qualche cautela in più.

Se è stata, infatti, la Corte a ridisegnare il quadro normativo e il legislatore non vi ha dato seguito, ci si potrebbe chiedere se dovrà essere di nuovo la Corte a ribadire l'interpretazione corretta di quella norma, cioè quella costituzionalmente conforme, oppure se potrà farlo direttamente il giudice decidendo il "suo" caso. Naturalmente, se guardata dalla prospettiva delle parti del giudizio *a quo*, potrebbero non esservi ostacoli a consentire al giudice la definizione autonoma del suo giudizio anche tramite la revoca dell'ordinanza di erroneamente rimessa alla Corte (purché, però, prima del suo deposito); ipotesi che sembrerebbe avvicinare la revoca ad una sorta di correzione tardiva dell'atto introduttivo non ancora formalmente trasmesso alla Corte.

Se, viceversa, si assume il punto di vista della Corte, tale elemento di diffusione, che valorizza il giudice di *quel* caso riconoscendogli uno spazio di autonomia nel governo della questione, non assicurerà la certezza del diritto, aprendo a soluzioni di segno diverso vagliate da altri giudici. Ci si riferisce ad ipotesi di giudici che, da un lato, potrebbero ritenere necessario l'intervento della Corte, attraverso la rimessione della questione di costituzionalità, ed altri, dall'altro, che opterebbero per interpretazioni della norma applicabile nel giudizio concreto eterogenee se non, nei casi più gravi, addirittura *contra Constitutionem*.

La situazione, in verità, è più complessa. Il tema del seguito delle decisioni

do già caducata a quel momento la norma di cui chiedeva il controllo di legittimità costituzionale". Richiamano la decisione costituzionale M. D'AMICO, *Sulla revocabilità dell'ordinanza di sospensione del processo per incidente di costituzionalità*, cit., e R. ROMBOLI, *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione per motivi sopravvenuti*, cit.

³⁴ "Forse", perché, vale la pena precisarlo, la Corte nella sua pronuncia non parla espressamente di "revoca".

manipolative supera l'oggetto della nota³⁵. E, tuttavia, esso rappresenta un angolo prospettico fondamentale dal quale indagare il tema delle attribuzioni del giudice *a quo* e della Corte in rapporto alla gestione di questioni di costituzionalità decise, ma non recepite dal legislatore. Valga qui soltanto precisare che, in presenza di questione di costituzionalità identica ad altra già decisa, la pronuncia della Corte non potrebbe comunque garantire la certezza del diritto a tutti gli effetti: da un lato, se la questione fosse rimessa alla Corte, quest'ultima non potrebbe che rigettarla con una decisione di inammissibilità priva di effetti *erga omnes*; dall'altro, in caso di mancata rimessione, il giudice rimarrebbe "libero" di interpretare la disposizione già annullata dalla Corte, eventualmente dando applicazione ad una norma incostituzionale, cioè invalida³⁶.

Il caso deciso con sentenza n. 127 del 2021 va, invece, tenuto distinto dalle ipotesi in cui, dopo aver sollevato una questione di costituzionalità, il giudice *a quo* decida di revocare il provvedimento di sospensione e l'ordinanza di rimessione alla luce di una decisione di infondatezza della Corte, di cui il remittente abbia avuto contezza solo in un momento successivo alla trasmissione della questione alla Corte. In ipotesi di manifesta infondatezza sopravvenuta – ad esempio, a seguito di una decisione interpretativa di rigetto oppure di manifesta infondatezza –, il giudice *a quo* e anche le parti potrebbero ritenere non più "utile" l'intervento della Corte costituzionale³⁷. Pur non essendo frequenti i casi di *overruling*, non si può arrivare sino a consentire al giudice *a quo* di "bloccare" la questione e di impedire alla Corte di esercitare la propria funzione decidendo la nuova questione. In questi casi, non può quindi che ribadirsi l'inderogabilità

³⁵ Tra i molti, ci si limita a rinviare a R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Napoli 2006.

³⁶ Su questi aspetti, si rinvia a G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2013, 256 e ss.; e, anche, a V. MARCENÒ, *La legge abrogata. Esistenza, validità ed efficacia*, Torino 2013.

³⁷ A questo riguardo, può essere opportuno sottolineare che, in ipotesi di revoca del provvedimento di sospensione per sopravvenuta infondatezza della questione, poiché ritenuta tale dal giudice *a quo*, potrebbero profilarsi due ipotesi distinte. La prima riguarda la revoca del provvedimento di sospensione a cui faccia, però, seguito una definizione del giudizio principale coerente con la successiva, ma non attesa, decisione della Corte costituzionale. La seconda, più grave, potrebbe verificarsi quando il giudice *a quo* non si limita ad errare nel disporre la revoca, ma anche quanto alle ragioni che sorreggono il provvedimento. In caso, cioè, di esito non sintonico tra il giudizio principale definito dal giudice *a quo* e la successiva e non conforme decisione della Corte costituzionale, le parti vedrebbero pregiudicato il proprio "diritto" al Giudice costituzionale, subendo le conseguenze pregiudizievoli derivanti, alternativamente, dalla applicazione nei loro confronti di una norma ritenuta successivamente incostituzionale dalla Corte oppure dalla non applicazione in loro favore di una norma, viceversa, ritenuta conforme ai principi costituzionali. Nonostante la possibilità, però solo eventuale, di una valutazione conforme della questione di costituzionalità da parte del giudice *a quo* che non sospende e della Corte costituzionale, non può che ribadirsi la contrarietà di una revoca del provvedimento di sospensione a fronte di una previa decisione di infondatezza della Corte che, peraltro, ben potrebbe in seguito mutare il proprio orientamento, così che l'omessa investitura della seconda si risolverebbe in un improprio esautoramento dell'organo di giustizia costituzionale.

della regola della non revocabilità del provvedimento di sospensione e dell'ordinanza di rimessione³⁸.

Ancora, il caso di specie non si avvicina nemmeno ad una ipotesi di esigenza sopravvenuta di assicurare la prosecuzione del giudizio principale alla luce di elementi fattuali sopraggiunti alla trasmissione e al deposito dell'ordinanza dinanzi alla Corte. È noto che il Giudice costituzionale apre ad uno scambio con i remittenti in ipotesi di *ius superveniens*, che, comunque, non comporta la autonoma e automatica riattivazione del giudizio *a quo* da parte del giudice e che è cosa ben diversa dalla revoca, illegittima, dell'ordinanza di rimessione per irrilevanza sopravvenuta. In ogni caso ciò, invece, non accade dinanzi ad un *factum superveniens*³⁹, sebbene ne discuta la dottrina⁴⁰, né, fatto salvo il caso isolato e anomalo dell'ordinanza n. 150 del 2012⁴¹, a fronte di un *novum* esogeno che promani da mutamenti giurisprudenziali sovranazionali.

Se, come poi ritiene parte della dottrina⁴², potessero ammettersi ipotesi non patologiche di revocabilità se non dell'ordinanza di remissione almeno del provvedimento di sospensione in considerazione delle peculiarità (fattuali) del caso concreto ed in costanza di concorrenti esigenze di rilevanza costituzionale – la ragionevole durata del processo principale, la tutela dei diritti delle parti del giudizio *a quo* –, analogo argomento va rigettato in presenza di vizi dell'ordinanza di rimessione, che investano la rilevanza e la non manifesta infondatezza. Ancora, se è opportuno conciliare i tempi del processo costituzionale con le specificità della sua origine concreta per assicurarne l'utilità alle parti del giudizio *a quo*⁴³,

³⁸ Ragiona della sorte della revoca dell'ordinanza di rimessione qualora quest'ultima sia richiesta su istanza di parte nell'arco temporale che intercorre tra l'emanazione e la trasmissione dell'ordinanza alla Corte non escludendo che, in queste ipotesi, possa ammettersi la revoca, M. D'AMICO, *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione della questione di costituzionalità: nuovi spunti e nuovi problemi*, cit.

³⁹ In questo senso, tra le molte, Corte cost. sent. n. 115 del 2019, in cui la Corte ha precisato che un elemento di fatto "inidoneo a determinare un problema di legittimità costituzionale". Di recente, si veda, a titolo di esempio, Corte cost. sent. n. 89 del 2020.

⁴⁰ In questo senso, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano 2008, che, a proposito della revocabilità dell'ordinanza introduttiva, osserva che: "[n]on dovrebbe essere esclusa, invece, la revoca, in presenza di 'fatti nuovi' o per motivi che non siano in contraddizione con le questioni sollevate, del provvedimento di sospensione del giudizio *a quo*, le cui parti, altrimenti, verrebbero davvero a trovarsi nella posizione delle 'cavie'", cit., 194. In senso non difforme, più di recente, anche F. DAL CANTO, *La stizza della Corte dinanzi al giudice irrispettoso*, in *Giustiziainsieme*, cit.

⁴¹ La vicenda è notissima. In quell'occasione, la restituzione degli atti era stata motivata dalla sopravvenuta pronuncia della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo su un caso che presentava alcune analogie con la questione sottoposta alla Corte costituzionale (caso *S.H. e altri c. Austria*) e che aveva rovesciato le conclusioni viceversa raggiunte dalla Sezione sullo stesso caso; pronuncia che era stata valorizzata dai remittenti per motivare in ordine alla non manifesta infondatezza della questione in relazione all'art. 117, comma 1, Cost. In dottrina, tra i molti, si rinvia ai contributi di M. D'AMICO e C. NARDOCCI, R. ROMBOLI, E. DOLCINI, B. RANDAZZO, I. PELLIZZONE e S. LEONE in *Notizie di Politeia*, n. 109/2013.

⁴² In questo senso, si esprime F. DAL CANTO, *La stizza della Corte dinanzi al giudice irrispettoso*, cit.

⁴³ Se ne occupa M. D'AMICO nel suo *Sulla revocabilità dell'ordinanza di sospensione del processo*

non lo stesso sembra di potersi argomentare in relazione a vizi in cui sia incorso il giudice *a quo* e che quest'ultimo abbia accertato solo dopo la rimessione della questione. Ammettere la revoca dell'ordinanza di rimessione ogniqualevolta il giudice *a quo* ritenga, a propria discrezione, di aver errato nel sollevare la questione oppure, e soprattutto, di poter diversamente e autonomamente definire il caso di specie prescindendo dall'intervento del Giudice costituzionale, equivarrebbe ad introdurre un illegittimo elemento di torsione del sistema incidentale⁴⁴, sottraendo alla Corte una competenza che la Costituzione le attribuisce a titolo esclusivo⁴⁵. Il giudice *a quo*, da mero portiere della questione della quale non deve più occuparsi sino all'esito della decisione della Corte⁴⁶, diventerebbe viceversa arbitro della sorte della questione di costituzionalità che dovrebbe rimanere estranea alle vicende successive del giudizio *a quo*⁴⁷. Tra queste, possono certamente includersi anche quelle di natura "soggettiva", derivanti cioè dalla mutata lettura della fattispecie concreta da parte del giudice stesso. Anche in questo caso, forse soprattutto, non può che ribadirsi l'inderogabilità della regola della non revocabilità dell'ordinanza di rimessione e del provvedimento di sospensione, qualificandosi entrambi quali provvedimenti abnormi⁴⁸.

Vero è, come argomentato in dottrina, che dalla lettera dell'art. 23, l. n. 87 del 1953 non si ricava alcun divieto esplicito nei confronti della revoca, almeno del provvedimento di sospensione⁴⁹. Tuttavia, subordinare sempre e senza eccezioni⁵⁰ la revocabilità di tale provvedimento, che implicitamente copre anche la

per incidente di costituzionalità, cit., in particolare 172 e ss. con riferimento alle ipotesi di vicende sopravvenute alla sollevata questione di legittimità costituzionale, che incidano sugli "effetti pratici della pronuncia della Corte in seguito al decorrere del tempo" e ciò poichè, osserva l'A., "[i]l fattore 'tempo' [...] in ogni domanda di giustizia può essere in grado di depotenziare o di togliere del tutto efficacia alla risposta".

⁴⁴ Non a caso, come sottolinea autorevole dottrina, "[l]a sospensione è provvedimento conseguente al carattere di rilevanza che deve presentare la questione. Se la definizione del processo deve dipendere dalla previa risoluzione della questione di costituzionalità, evidentemente il processo stesso deve restare sospeso fino al momento in cui la pregiudiziale di costituzionalità non sia stata risolta dalla corte", così G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, 111.

⁴⁵ Così R. ROMBOLI, *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione per motivi sopravvenuti*, cit.

⁴⁶ Di cui, come noto, si escludono interventi modificativi o correttivi dell'atto introduttivo una volta trasmessa l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale.

⁴⁷ In questo senso, la giurisprudenza costituzionale è pacifica nel ribadire che "una volta iniziato in seguito ad ordinanza di rinvio del giudice rimettente, non è suscettibile di essere influenzato da successive vicende di fatto concernenti il rapporto dedotto nel processo che lo ha occasionato" così, tra le molte, Corte cost. sent. n. 120 del 2013; sent. n. 264 del 2017, sent. n. 242 e n. 162 del 2014.

⁴⁸ Sulle conseguenze sul piano disciplinare del carattere abnorme di detti provvedimenti e delle condotte ad essi equivalenti, si veda, *infra*, il paragrafo che segue. In proposito, può richiamarsi anche una pronuncia della Corte di Cassazione che, anni addietro ed in relazione ad una vicenda di omessa sospensione del giudizio principale in pendenza di analoga questione di costituzionalità, aveva fatto ricorso alla nozione di "abnormità" in relazione a simile provvedimento. Ci si riferisce a Corte di Cassazione 23 marzo 1982 di cui dà ampiamente conto M. D'AMICO, *Sospensione del processo e questione di costituzionalità pendente*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, 95.

⁴⁹ Così F. DAL CANTO, *La stizza della Corte dinanzi al giudice irrispettoso*, cit.

⁵⁰ Un'eccezione alla regola della non revocabilità del provvedimento di sospensione e dell'or-

revoca dell'ordinanza di rimessione, ad una delibazione discrezionale del giudice remittente significherebbe, lo si ribadisce, lasciare al primo e non invece alla Corte il sindacato sulla legittimità costituzionale della norma oggetto della questione⁵¹ in palese contrasto con la natura del sistema in via incidentale.

Nella sua giurisprudenza, la Corte costituzionale si è occupata poco della revoca dell'ordinanza di rimessione⁵², mentre si è più di recente soffermata sulla natura del provvedimento di sospensione.

Nella decisione n. 180 del 2018⁵³, la Corte si è pronunciata sul tema della omessa sospensione di alcune fasi del giudizio *a quo* e ne ha ammesso la frazionabilità, purché: “la rilevanza della questione di costituzionalità possa ragionevolmente circoscriversi solo ad un[a] di ess[e]”⁵⁴. Ha, inoltre, precisato che: “[l']art. 23 della legge n. 87 del 1953 [...] non esclude che il giudice rimettente possa limitare il provvedimento di sospensione al singolo momento o segmento processuale in cui il giudizio si svolge, ove solo ad esso si applichi la disposizione censurata e la sospensione dell'attività processuale non richieda di arrestare l'intero processo, che può proseguire con il compimento di attività rispetto alle quali la questione sia del tutto irrilevante”⁵⁵. La Corte ha, poi, ribadito il proprio sindacato sulla “effettiva possibilità di circoscrivere la rilevanza della questione, che *rimane pur sempre incidentale* e che, come tale, è pregiudiziale rispetto ad una decisione del giudice rimettente [*corsivo nostro*]”⁵⁶.

La Corte mette a fuoco due aspetti centrali. In primo luogo, chiarisce che esigenze di tutela della ragionevole durata del processo possono fondare una

dinanza di rimessione potrebbe profilarsi, come già messo in evidenza, in ipotesi di sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità della norma oggetto oppure di erronea interpretazione del contenuto normativo di una norma oggetto che non tenga conto di una precedente decisione di accoglimento della Corte costituzionale.

⁵¹ Nel senso del carattere abnorme di entrambi i provvedimenti, M. D'AMICO, nel suo *Sulla revocabilità dell'ordinanza di sospensione del processo per incidente di costituzionalità*, cit.

⁵² Si tratta di considerazione peraltro giustificata dall'assenza, in epoca precedente alla vicenda che si commenta, di revoche del provvedimento di sospensione oppure dell'ordinanza di rimessione da parte del giudice *a quo*, fatta eccezione per il caso di cui si è dato conto alla nota n. 5, vedi *supra*, che peraltro riguardava più precisamente la revoca del provvedimento di sospensione e non dell'ordinanza di rimessione.

⁵³ A commento della sentenza con specifico riferimento ai suoi aspetti processuali che qui rilevano, si rinvia a T.F. GIUPPONI, *L'interpretazione “costituzionalmente orientata” dell'incidentalità: la Corte e il Codice di autoregolamentazione dell'astensione collettiva degli avvocati, tra riserva di legge e disapplicazione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2019, 1 e ss.; L. DIOTALLEVI, *La Corte costituzionale si pronuncia sull'astensione forense nei processi con imputati in stato di custodia cautelare: interrogativi di natura processuale e ragioni di ordine sostanziale*, in *Giur. cost.*, 2018, 1929 e ss.; R. RUDONI, *Promovimento in via incidentale del processo costituzionale e sospensione “parziale” del processo principale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, 1 e ss.

⁵⁴ La Corte proseguiva, precisando che: “pur restando che la pendenza della questione di costituzionalità condiziona la decisione dell'intero giudizio, è sufficiente che il giudice rimettente sospenda anche solo quel distinto momento processuale in cui la questione è rilevante, e che possa essere effettivamente isolato nella sequenza procedimentale del giudizio *a quo*”.

⁵⁵ Corte cost. sent. n. 180 del 2018, punto n. 7 del *Cons. in Dir.*

⁵⁶ *Ibidem*.

lettura dell'art. 23, l. n. 87 del 1953, che ne temperi la portata di regola assoluta ed inderogabile, residuando uno spazio affinché il giudice *a quo* possa valutare se circoscrivere l'operatività del provvedimento di sospensione alle sole fasi processuali logicamente e direttamente incise dalla successiva decisione della Corte. In secondo luogo, enfatizza la propria competenza esclusiva in punto di verifica sulla corretta delimitazione della sospensione. La sospensione parziale del giudizio principale, che devia rispetto alla regola *ex art. 23, l. n. 87 del 1953*, soggiace cioè allo scrutinio della Corte proprio allo scopo di scongiurare ipotesi di impropria sovrapposizione tra le attribuzioni della prima e quelle del giudice *a quo*, assicurando che il "governo" della questione rimanga saldamente nella disponibilità della prima.

A differenza della sospensione parziale del giudizio *a quo*, che, anche qualora illegittima, rimane comunque sottoposta ad un controllo perché la questione arriva al Giudice costituzionale, laddove il giudice *a quo* revochi, illegittimamente, il provvedimento di sospensione e/o l'ordinanza di remissione, la Corte si trova nella impossibilità di incidere sull'esito del giudizio principale, potendo esprimersi solo tardivamente e comunque dopo la decisione del giudice *a quo*.

Gli scenari che si aprono sono i più diversi e non è questa la sede per analizzarli tutti in modo esaustivo. Ci si limita, però, a sottolineare che l'applicazione da parte del giudice *a quo* di una norma di legge, dichiarata successivamente illegittima dalla Corte, tramite la revoca dell'ordinanza di remissione potrebbe generare il rischio di un conflitto di difficile composizione tra due decisioni di segno opposto – quella "concreta" del giudice *a quo* che applica la norma non conforme a Costituzione e la sentenza di annullamento "astratta" ed *erga omnes* della Corte costituzionale – di indubbia risonanza istituzionale. A ciò si aggiunga, che le parti del giudizio *a quo* non avrebbero alcun rimedio né in sede di riesame, né di reclamo in sede giurisdizionale contro l'eventuale provvedimento del giudice che contrasti con la successiva decisione della Corte.

La revoca, formale oppure implicita, che si traduca cioè nella "mera" prosecuzione e definizione del giudizio principale come nel caso della sentenza n. 127 del 2021, si dimostra, quindi, lesiva tanto degli interessi concreti delle parti del giudizio *a quo*, quanto delle esigenze, astratte e generali, preposte alla salvaguardia della legalità costituzionale.

Per chiudere su questo aspetto, un'interpretazione dell'art. 23, l. n. 87 del 1953, che ammetta la revoca del provvedimento di sospensione e/o dell'ordinanza di remissione deve ritenersi incompatibile con il sistema incidentale. Si potrebbe, come detto, ragionare della possibilità di giungere ad una conclusione di tipo diverso circoscrivendo l'ammissibilità della revoca di detti provvedimenti, dal punto di vista delle sue cause, ai soli casi di incostituzionalità sopravvenuta oppure preesistente all'atto della rimessione e, da quello temporale, alla fase che precede la trasmissione e la pubblicazione dell'ordinanza stessa. Resta, però, da ribadire anche in questi casi la doverosa cautela quando ci si trovi al cospetto di

questioni di costituzionalità che pongono criticità sotto il profilo interpretativo, rimarcando la necessità di preservare un sistema di sindacato accentrato, che limiti al massimo quelle ipotesi “deviant[i]”⁵⁷, espressive di una impropria competizione tra Corte costituzionale e giudici comuni nel governo della questione di costituzionalità e nel controllo della legalità costituzionale.

4. ... *le sue conseguenze “esterne”: sulla responsabilità disciplinare del giudice* a quo. – Dal dibattito dottrinale sulla non revocabilità dell’ordinanza di rimesione e del provvedimento di sospensione vanno distinte le ripercussioni sul piano disciplinare della condotta⁵⁸ tenuta dal giudice⁵⁹. Non è, infatti, da escludere una responsabilità disciplinare del magistrato per violazione delle norme che disciplinano il processo costituzionale, stante l’integrazione di una delle fattispecie di illecito di cui si occupa l’art. 2, *Illeciti disciplinari nell’esercizio delle funzioni*, del D.lgs. n. 109 del 2006⁶⁰.

Prima è, però, utile soffermarsi su due peculiarità della sentenza n. 127 del 2021 che riflettono altrettanti caratteri della condotta del magistrato.

In primo luogo, la Corte si esprime per la responsabilità disciplinare del giudice e, in secondo, rimarca due volte e, soprattutto, nel dispositivo la decisione di trasmettere gli atti al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, affinché assuma gli “eventuali provvedimenti di competenza”.

⁵⁷ M. D’AMICO, *Sulla revocabilità dell’ordinanza di sospensione del processo per incidente di costituzionalità*, cit., 152.

⁵⁸ () Sulla imprescindibilità di una verifica della condotta specifica tenuta dal magistrato alla luce delle peculiarità della fattispecie oggetto di sindacato insiste F. BIONDI, tra gli altri, in *La responsabilità disciplinare: problemi vecchi e nuovi*, in *La Rivista del “Gruppo di Pisa”*, 2021, 149 e ss., che sottolinea l’“attenzione particolare [richiesta ai] titolari dell’azione disciplinare e dei giudici disciplinari, chiamati non solo a verificare la corrispondenza della condotta alla fattispecie astratta, ma anche ad interpretare quest’ultima tenendo conto del più ampio quadro normativo entro cui l’attività del magistrato si inserisce, nonché contesto in cui egli concretamente opera”, 158.

⁵⁹ Non è questa la sede per dare conto in modo esaustivo del dibattito dottrinale sviluppatosi sulle proposte di riforma del Consiglio Superiore della Magistratura e della Sezione disciplinare prima e dopo la presentazione del disegno di legge Bonafede (A.C. 2681) e sul relativo iter parlamentare su cui si è innestato il maxi-emendamento presentato dal Governo nel febbraio di quest’anno. Per un’analisi di alcune criticità messe in luce dalla dottrina in relazione alla sezione disciplinare, si veda N. ZANON, *“Sei gradi di separazione”: ovvero come assicurare la terzietà della Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Rivista AIC*, 2013, 1 e ss.

⁶⁰ Per un approfondimento sulla disciplina vigente in tema di responsabilità disciplinare dei magistrati, si rinvia a N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna 2018 e, anche, N. ZANON, D. DI RENZO VILLATA, F. BIONDI (a cura di), *L’ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma. Un bilancio tra spinte all’efficienza e servizio ai cittadini*, Milano 2012; D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova 2011; G. CAMPANELLI, *Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo? Natura, garanzie, criticità e ipotesi di riforma*, Giappichelli Torino, 2018. Oltre le specificità dell’intervento legislativo, più in generale per un approfondimento teorico delle peculiarità e della natura della responsabilità disciplinare dei magistrati, si veda, diffusamente, F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano 2006.

Non si conoscono precedenti analoghi, se si escludono le dichiarazioni dell'allora Presidente della Corte costituzionale, Francesco Saja, sui ritardi con cui venivano trasmesse, in quegli anni, le ordinanze di rimessione a seguito della sospensione dei giudizi principali⁶¹. Una segnalazione che poggiava sulle concorrenti esigenze di non pregiudicare gli interessi e i diritti delle parti dei giudizi *a quibus*, "in balia" di un processo sospeso ma non definibile, di preservare la ragionevole durata del processo principale, di ristabilire la legalità costituzionale scongiurando l'applicazione di norme incostituzionali.

In quell'occasione, la segnalazione era diversa anche dal punto di vista formale. Investiva, cioè, una prassi generalizzata di cui l'allora Presidente della Corte aveva informato il Consiglio Superiore della Magistratura rilevandone la contrarietà con le norme del processo costituzionale, a cui era seguita una circolare con cui il Consiglio Superiore della Magistratura aveva sottolineato "l'opportunità di darne notizia agli uffici giudiziari"⁶². Risultava, quindi, prevalente una logica di tipo collaborativo o, perlomeno, di dialogo con i giudici comuni, senza dare impulso diretto all'attivazione del procedimento disciplinare⁶³. La segnalazione non ancorandosi, poi, ad una vicenda specifica, non mirava a sollecitare la comminazione di una sanzione disciplinare ai danni del giudice del caso concreto.

Nel caso che scaturisce dalla decisione n. 127, la Corte costituzionale collega, invece, il proprio rilievo ad un provvedimento concreto, vi affianca una segnalazione formale e reagisce alla violazione delle norme del suo processo rivendicando il proprio ruolo nei confronti del giudice.

Interrogarsi sul rilievo disciplinare della condotta, impone, però, di considerare l'applicabilità nei confronti del giudice della clausola di salvaguardia che, ai sensi dell'art. 2, comma 2, D.lgs. 109 del 2006, esclude qualsiasi responsabilità disciplinare laddove il comportamento oppure il provvedimento costituiscano il prodotto di "attività di interpretazione di norme di diritto". Si tratta, cioè, di chiedersi se la revoca della sospensione e, implicitamente, dell'ordinanza di rimessione derivino da un'interpretazione fallace dell'art. 23, l. n. 87 del 1953 che,

⁶¹ Sul tema, la Corte è peraltro tornata anche più di recente, scegliendo però di darne conto nella propria decisione senza farne seguire una segnalazione formale alla Procura generale presso la Corte di Cassazione. Il fenomeno del ritardo nella trasmissione dell'ordinanza di rimessione non è, però, da circoscriversi ad una storia della giustizia costituzionale ormai trascorsa o sconosciuta. Si pensi all'ordinanza n. 348 del 1996, con cui la Corte costituzionale aveva restituito gli atti al giudice *a quo*, in ragione del ritardo, 13 anni, con cui la questione di costituzionalità era stata trasmessa alla Corte. Quali altri esempi, possono richiamarsi l'ordinanza n. 386 del 1994, dieci anni; l'ordinanza n. 94 del 1994, 6 anni; l'ordinanza n. 59 del 2008, 11 anni; vent'anni nelle ordinanze n. 402 del 2005 e n. 202 del 2001. Non meno importante, è segnalare che il tema del ritardo nella trasmissione degli atti introduttivi da parte dei giudici *a quibus* viene anche talvolta trattato nelle Relazioni annuali sulla giurisprudenza della Corte costituzionale.

⁶² Così nella nota trasmessa dal Consiglio Superiore della Magistratura.

⁶³ Rimarcava la condotta, qualificata come riprovevole dei giudici *a quibus*, anche l'allora Presidente G. ZAGREBELSKY nella sua Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2004.

non vietandoli in modo espresso, potrebbe indurre in errore il giudice, senza quindi dare luogo ad alcuna responsabilità sul piano disciplinare.

Nel paragrafo che precede si è, infatti, posto l'accento sulla inesistenza di una norma di diritto positivo che vieti in modo espresso la revoca dell'ordinanza di rimessione e del provvedimento di sospensione; cosa che, potrebbe giustificare, almeno in teoria, interpretazioni alternative escludendo la responsabilità disciplinare del giudice nel caso di specie. Allo stesso tempo, si è, però, anche osservato che deve essere, invece, riaffermata l'inderogabilità della regola e, piuttosto, la sola ipotesi di potenziale e legittima deviazione dalla medesima – la revoca, cioè, prima della pubblicazione dell'ordinanza di rimessione – non si attaglia al caso in esame.

A voler valorizzare la portata della clausola di salvaguardia e l'argomento dell'omesso divieto espresso della regola, si potrebbe quindi sostenere che la condotta del giudice costituisce il prodotto di un'attività interpretativa che, seppure errata o superficiale, non può – e questo è quanto qui più conta – tradursi in una responsabilità accertabile in sede disciplinare.

Laddove, viceversa, si ritenesse di escludere l'operatività della clausola di salvaguardia, non resterà che occuparsi di individuare l'illecito cui ricondurre la condotta del giudice. Ad un primo sguardo, sono due gli illeciti da prendere in considerazione: la grave violazione di legge, determinata da ignoranza o negligenza inescusabile, e “l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza”, di cui, rispettivamente, alle lett. *g)* e *ff)* dell'art. 2, comma 1, D.lgs. 109 del 2006.

Per quanto attiene alla prima fattispecie, ritenendo acclarata la violazione dell'art. 23, l. n. 87 del 1953, diviene dirimente la sussistenza del requisito della gravità della condotta.

La giurisprudenza di legittimità fornisce qualche indicazione su questo aspetto. Si tratta, in larga parte, di accertamenti di responsabilità disciplinari connessi a violazioni delle norme che regolano il processo penale: omissioni suscettibili di determinare gravi pregiudizi ai danni dell'imputato sottoposto a misure coercitive⁶⁴; erronee adozioni di provvedimenti limitativi della libertà personale⁶⁵; ritardi⁶⁶;

⁶⁴ Sezione Disciplinare, sent. n. 139 del 2018; sent. n. 25 del 2018.

⁶⁵ Così Sezione Disciplinare, sent. n. 70 del 2019; sent. n. 30 del 2018, in concorso con l'illecito di cui alla lett. *a)*; sent. n. 147 del 2018 (ritardo di 60 giorni). La giurisprudenza disciplinare, viceversa, esclude la ricorrenza dell'illecito laddove il ritardo sia dipeso da una condotta considerata “non esigibile alla stregua di elementi di fatto di natura oggettiva e soggettiva”, così sent. n. 184 del 2018.

⁶⁶ Sulla insussistenza del requisito della grave violazione di legge in un caso di ritardo nell'adozione di un provvedimento di scarcerazione, la Sezione Disciplinare precisava che deve escludersi la ricorrenza dell'illecito disciplinare “allorquando sia risultata la sussistenza di impedimenti gravissimi che abbiano precluso al magistrato di assolvere il dovere di garantire il diritto costituzionale alla libertà personale, quali una grave debilitazione fisica del magistrato e una situazione familiare critica, fonte di preoccupazione e di impegno per l'interessato. In tal caso la condotta del magistrato,

mancate attivazioni di provvedimenti di scarcerazione⁶⁷. Più rare, anche se non mancano, sono poi le violazioni di norme di legge, interpretate come gravi ai sensi della lett. g), nell'ambito del processo civile⁶⁸. In generale, si riscontra una tendenza della giurisprudenza di legittimità a ritenere integrata la fattispecie di illecito ex art. 2, lett. g), D.lgs. n. 109 del 2006, in presenza di condotte lesive di diritti fondamentali, come la libertà personale, oppure di esigenze legate alla buona amministrazione della giustizia, sintetizzabili nel principio della ragionevole durata del processo, oppure, ancora, di azioni suscettibili di ledere il prestigio della magistratura⁶⁹.

Sebbene non sia agevole tracciare una netta linea di demarcazione tra la due fattispecie di illecito⁷⁰, la casistica sulla prima appare poco conferente rispetto alla condotta del giudice, avvicinandosi piuttosto a quelle di cui alla lett. ff), dell'art. 2, comma 1, D.lgs. 109 del 2006⁷¹.

contrassegnata da evidente colpa, non può ritenersi determinata da una negligenza di natura grave e, come tale, inescusabile, cosicché la sussistenza dell'illecito è esclusa per mancanza del requisito della inescusabilità della negligenza", così ord. n. 42 del 2019. In senso analogo, anche, sent. n. 89 del 2019.

⁶⁷ In questo senso, tra le più recenti, si vedano Sezione Disciplinare, sent. n. 36 del 2019, sent. n. 45 del 2019, sent. n. 79 del 2019; sent. n. 115 del 2018; sent. n. 133 del 2018.

⁶⁸ Nel senso della insussistenza di una violazione grave di legge ai sensi della lett. g), a titolo di esempio, si segnala Sezione Disciplinare, sent. n. 114 del 2018 relativa ad un caso di differimento di numerose prime udienze di trattazione che la Sezione ha ritenuto non sufficiente ad integrare il requisito della gravità dal momento che il comportamento del magistrato, complessivamente considerato, non avrebbe compromesso il "prestigio dell'ordine giudiziario" e la "credibilità del magistrato". Un altro caso di responsabilità disciplinare nell'ambito del processo civile è stato accertato a fronte della condotta di un magistrato che era rimasto inerte nonostante l'omessa trasmissione della relazione tecnica da parte del consulente tecnico nominato d'ufficio.

⁶⁹ Più in generale e a prescindere dalle specificità dei singoli casi, pare inoltre opportuno richiamare quella giurisprudenza di legittimità che ha affermato che, ai fini della inesistenza di una responsabilità disciplinare, ai sensi dell'art. 2, lett. g), D.lgs. n. 109 del 2006, grava in capo al magistrato dimostrare "l'assenza di qualunque pregiudizio ingiusto o vantaggio indebito quale obiettiva conseguenza della condotta e di una lesione del prestigio e della credibilità dell'Ordine giudiziario". E, ancora, che, ai fini dell'accertamento della responsabilità disciplinare, la grave violazione di legge "rileva non in sé, bensì in relazione alla condotta deontologicamente deviante posta in essere nell'esercizio della funzione, ed impone, pertanto, una valutazione complessiva della vicenda e dell'atteggiamento tenuto dal magistrato".

⁷⁰ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 338. Analogamente, si è espressa la giurisprudenza di legittimità che, in relazione alla nozione di "provvedimento abnorme", come si ritiene di poter qualificare la condotta del Tribunale ordinario di Lecce, ha precisato che "la nozione disciplinare di abnormità non resta circoscritta alla fattispecie di illecito tipizzata dall'art. 2, comma 1, lett. ff, d.lg. 23 febbraio 2006 n. 109 [...], e quindi non è riferita soltanto al compimento di un atto ma esprime anche una qualità generale del comportamento del magistrato, evidenziando il grado di inescusabilità della negligenza in esso insita, sicché costituisce illecito disciplinare, previsto dall'art. 2, comma 1, lett. g, d.lg. 23 febbraio 2006 n. 109", così Cassazione civile, Sez. Un., 24 settembre 2010, n. 20159.

⁷¹ Quali esempi di condotte tenute dal magistrato, ritenute espressive della tipologia di illecito di cui alla lett. ff) possono richiamarsi quella sanzionata con sent. n. 70 del 2015 in cui la Sezione disciplinare ha censurato il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari, delegato nell'ambito di una rogatoria esclusivamente all'interrogatorio di garanzia, aveva dichiarato la nullità

In primo luogo, , più che di comportamenti, ci si trova al cospetto di provvedimenti, o meglio, di decisioni del magistrato, cosa che dovrebbe far propendere per l'applicabilità dell'illecito di cui alla lett. *ff*) in luogo di quello *ex* lett. *g*), che la giurisprudenza disciplinare ha ritenuto applicabile “*solo ai comportamenti*, e non anche alle decisioni ed ai provvedimenti [*corsivo nostro*]”⁷².

Una seconda ragione risiede nel carattere abnorme dei provvedimenti⁷³. La riassunzione su di sé della *potestas iudicandi* costituisce un piano esempio di provvedimento abnorme, che si colloca “al di fuori di ogni schema processuale logicamente immaginabile”⁷⁴, costituendo la prosecuzione del giudizio principale un atto inconciliabile con il requisito della incidentalità. Nel tracciare i contorni dell'illecito, la giurisprudenza della Sezione disciplinare ha, infatti, chiarito che: “a) l'errore giuridico macroscopico non consiste semplicemente nell'adozione di un provvedimento nei casi non consentiti dalla legge, e perciò arbitrario o illegittimo perché non consentito nel caso di specie⁷⁵, bensì nell'adozione di un provvedimento al di fuori di ogni schema processuale logicamente immaginabile, non consentito in generale al giudice ordinario o che quest'ultimo abbia creduto di poter pronunciare a causa di un macroscopico ed inescusabile errore giuridico, che non riesca a trovare agganci plausibili nella elaborazione giurisprudenziale o dottrinale, né una verosimile spiegazione sul piano logico (c.d. *provvedimento abnorme*) [*corsivo nostro*]”⁷⁶.

La circostanza che l'art. 23, l. n. 87 del 1953 non faccia, come già detto, espresso divieto al giudice *a quo* di disporre la revoca del provvedimento di sospensione (e/o dell'ordinanza di rimessione) non costituisce argomento sufficiente a suffragare letture della norma, che facoltizzino comportamenti del remittente volti a precludere l'intervento del Giudice costituzionale, sì da esclu-

dell'ordinanza applicativa della misura cautelare, disponendo anche la liberazione dell'indagato. Un altro esempio interessante, al di fuori della materia penale, è offerto dalla sent. n. 106 del 2016.

⁷² Sezione disciplinare, sent. n. 6 del 2011.

⁷³ () Vale precisare che dagli atti non sono ricavabili ulteriori indicazioni circa l'intervenuta adozione di una revoca formale della sospensione del giudizio principale oppure della ordinanza di rimessione. Tale circostanza comunque non esclude la riferibilità dell'illecito di cui alla lett. *ff*) dal momento che la giurisprudenza disciplinare ha avuto occasione di precisare che: “la fattispecie di cui all'art. 2, comma 1, lett. *ff*), copre, oltre che il provvedimento o la decisione erronei, anche il comportamento gravemente negligente del magistrato che a quel provvedimento o a quella decisione abbia condotto, e che il magistrato avrebbe potuto evitare di adottare con un minimo d'attenzione agli elementi della vicenda al suo esame”, così sent. n. 6 del 2011.

⁷⁴ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 324.

⁷⁵ Sui rapporti tra l'illecito di cui alla lett. *ff*) e alla lett. *g*), la giurisprudenza disciplinare ha chiarito che essi si collocano in un rapporto di specialità, costituendo il primo una sotto-specie del secondo. In questo senso, è chiarissima la giurisprudenza disciplinare, in particolare nella sent. n. 6 del 2011.

⁷⁶ Così la Sezione disciplinare, sent. n. 6 del 2011. In quel caso, la Sezione disciplinare ha accertato la ricorrenza dell'illecito in parola in relazione alla condotta del giudice penale che, dopo aver deliberato sulla convalida di un arresto, in mancanza di richiesta di applicazione di misura coercitiva, aveva ommesso di disporre con ordinanza l'immediata liberazione dell'arrestato.

derne la possibile rilevanza sotto il profilo disciplinare. Non meno importante è, inoltre, sottolineare che la condotta del Tribunale ordinario di Lecce, oltre che *contra legem*, si appalesa in verità più fundamentalmente *contra Constitutionem*, essendosi il magistrato appropriato di attribuzioni costituzionalmente riservate alla Corte. Qui ci si potrebbe anche chiedere se avrebbe potuto residuare uno spazio per un conflitto di attribuzione per usurpazione sollevato dalla Corte costituzionale di fronte a sé stessa e nei confronti del Tribunale ordinario di Lecce.

Oltre la sollecitazione da ultimo evocata, dimostra l'abnormità del provvedimento del magistrato, cioè, la sua estraneità rispetto alle regole del processo costituzionale, la contraddittorietà della riassunzione del giudizio principale con la natura del giudizio in via incidentale. La sospensione obbligatoria del giudizio principale, come la non revocabilità di detto provvedimento e dell'ordinanza di rimessione, costituiscono elementi indefettibili ed irrinunciabili del sistema incidentale⁷⁷. La soluzione opposta alla precettività di tale regola, che vorrebbe la sospensione solo eventuale e derogabile a discrezione del giudice *a quo*, finirebbe con il rendere quest'ultimo padrone della questione di costituzionalità innestando nel sistema un elemento di diffusione che, lungi dal limitarsi alla fase dell'iniziativa, investirebbe quella successiva di controllo sulla costituzionalità della legge. Senza considerare, che l'ingerenza del giudice nell'esercizio di attribuzioni costituzionalmente di spettanza della Corte potrebbe porsi a fondamento di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

La giurisprudenza disciplinare soccorre, poi, per un'ulteriore ragione.

Si è già sottolineato che, nel caso di specie, pare difetti un provvedimento formale di revoca della sospensione ovvero dell'ordinanza di rimessione e che, analogamente, mancano atti formali del giudice *a quo* oltre alle note indirizzate alla Corte.

Nonostante la lett. *ff*) riferisca espressamente "di atti o di provvedimenti" – cosa che ne parrebbe rendere necessaria la sussistenza pena l'inapplicabilità della fattispecie di illecito –, essa, tuttavia, non esclude la sanzionabilità anche di comportamenti del magistrato. La Sezione disciplinare ha, infatti, precisato che l'illecito di cui alla lett. *ff*) non presuppone necessariamente l'adozione di un provvedimento, ben potendo la responsabilità disciplinare poggiare anche su una condotta slegata da un atto formale. La Sezione ha, così, ammesso la ricorrenza dell'illecito a fronte di un "comportamento del magistrato, la cui inescusabile trascuratezza e superficialità abbia portato il rischio dell'errore giudiziario oltre il limite del tollerabile"⁷⁸, con la conseguenza che, a prescindere da come si decida di interpretare la condotta del Tribunale ordinario di Lecce –prodotto di

⁷⁷ Come ribadito anche dalla giurisprudenza costituzionale più recente con la già richiamata decisione costituzionale, n. 180 del 2018.

⁷⁸ Così sintetizzano l'orientamento della giurisprudenza disciplinare N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 324.

atti “informali” oppure insieme di comportamenti, attivi ed omissivi –, si potrà ugualmente impiegare l’illecito *ex lett. ff*)⁷⁹.

Ultima ragione che potrebbe deporre per la riferibilità dell’illecito in esame alla vicenda in oggetto attiene alla carenza di potere con cui il giudice ha disposto la prosecuzione e la definizione del giudizio principale; carenza di potere che la giurisprudenza di legittimità identifica quale tratto caratterizzante delle condotte che integrano l’illecito *ex lett. ff*)⁸⁰. Come già osservato, il Tribunale ordinario di Lecce ha posto in essere una serie di provvedimenti dopo essersi spogliato del relativo potere con la conseguenza che tutti gli adempimenti realizzati successivamente al deposito dell’ordinanza di rimessione, ivi inclusa la condanna dell’imputato, dovrebbero qualificarsi come viziati da nullità, se non inesistenti⁸¹.

Per concludere, le alternative sembrano essere due: o si qualifica la condotta del giudice come prodotto di una interpretazione errata della legge, non sanzionabile; oppure si ritiene che il giudice abbia adottato dei provvedimenti o comportamenti abnormi censurabili ai sensi della *lett. ff*)⁸².

5. In conclusione: la (illegittima) riappropriazione del giudizio principale all’incrocio tra tutela dei diritti e certezza del diritto. – La sentenza n. 127 ha favorito considerazioni che si sono mosse sul duplice crinale della riflessione teorico-dottrinale, sulla regola della non revocabilità dell’ordinanza di rimessione e del provvedimento di sospensione, e sul diverso versante dell’*agere* concreto del giudice nell’interpretazione dell’art. 23, l. n. 87 del 1953.

Il dibattito teorico consente di ribadire la illegittimità della revoca dell’ordi-

⁷⁹ Nel senso della applicabilità dell’illecito di cui alla *lett. ff*) anche al comportamento del magistrato, si veda anche la giurisprudenza di legittimità.

⁸⁰ Si veda, in questo senso, Corte di Cassazione civile, Sez. Un., 12 maggio 2010, n. 11431.

⁸¹ In questo senso, M. D’AMICO, *Sulla revocabilità dell’ordinanza di sospensione del processo per incidente di costituzionalità*, cit., 149 che si sofferma sulla “sorte” degli atti emanati dal giudice *a quo* in costanza di una ipotesi di revoca della sospensione oppure dell’ordinanza di rimessione, sostenendo che essi dovrebbero considerarsi, appunto, “provvedimenti nulli, se non addirittura inesistenti”.

⁸² Il riferimento, di nuovo, è alle pronunce della Sezione disciplinare, n. 68 del 2011, n. 32 del 2012 e n. 106 del 2016. Si osserva, da ultimo che, sebbene si sia espressa una preferenza per l’illecito di cui alla *lett. ff*), in ragione della contiguità tra i due illeciti, non si esclude che, laddove si dovesse addivenire ad un addebito di responsabilità disciplinare, quest’ultimo potrebbe eventualmente anche fondarsi sul concorso formale tra la fattispecie *ex lett. ff*) e quella prevista a norma della *lett. g*). La giurisprudenza di legittimità non ignora infatti casi di accertamenti contestuali di una pluralità di illeciti. Si veda, in questo senso, Cassazione civile, Sez. Un., 19 agosto 2009, n. 18373, in cui la Suprema Corte ha ritenuto integrati gli estremi degli illeciti di cui alle *lett. g*), *m*) e *ff*) a fronte della condotta del procuratore della Repubblica, che, in assenza di ipotesi di reato procedibile d’ufficio oppure su querela della parte, aveva ordinato l’allontanamento da un istituto scolastico di un minore con disabilità a cui erano stati addebitati comportamenti violenti per effetto delle segnalazioni del dirigente scolastico. In senso analogo anche la giurisprudenza disciplinare, che, anzi, più diffusamente ha ritenuto integrato l’illecito di cui alla *lett. ff*) in concorso formale, più spesso, con quello di cui alla *lett. g*).

nanza di rimessione e del provvedimento di sospensione, che seguano il deposito e la pubblicazione dell'atto introduttivo. Deposito e pubblicazione costituiscono, così, il momento di cesura tra il giudizio principale, che si arresta poiché sospeso, e quello di costituzionalità, che si apre e che è autonomo rispetto al primo così che deve escludersi che il giudice *a quo* possa, disposta la sospensione, riappropriarsi del giudizio principale e compiere atti dispositivi lesivi della pregiudiziale di costituzionalità.

Ciò, vale sempre. E vale sia che si guardi alle esigenze di tutela della legalità costituzionale e, con essa, della certezza del diritto, irrimediabilmente compromesse dalla revoca dell'atto introduttivo, sia che ci si ponga nella prospettiva della parte del giudizio *a quo*, che non potrebbe costituirsi nel giudizio dinanzi alla Corte, opporsi alla revoca dell'ordinanza di rimessione nè, in definitiva, esercitare il proprio diritto costituzionale di difesa nel giudizio *a quo* e in quello di costituzionalità. Allo stesso tempo e nel silenzio dell'art. 23, l. n. 87 del 1953, si condivide l'impostazione della dottrina che configura un potere di revoca dell'ordinanza di rimessione prima del suo deposito, specie laddove siano le parti ad avanzarne richiesta, cioè quando il giudice sia ancora titolare di un potere dispositivo che viceversa sfuma sino ad esaurirsi al cospetto dell'apertura del giudizio di costituzionalità.

Se si concorda che la revoca – formale oppure sostanziale⁸³ – sia illegittima dopo il formale avvio del giudizio di costituzionalità, come accaduto nella sentenza n. 127, altrettanto dovrebbe esserlo la condotta del giudice *a quo*, censurata dalla Corte.

La regola della irrevocabilità dell'atto di avvio del giudizio di costituzionalità, potrebbe, però, come detto, prestarsi a letture meno severe sul piano della responsabilità disciplinare. Ci si riferisce alla imputazione della condotta del giudice più che ad una usurpazione volontaria di una competenza esclusiva della Corte ad una erronea e superficiale interpretazione dell'art. 23, l. n. 87 del 1953. Interpretazione che, ancorché errata e incoerente rispetto al sistema del giudizio incidentale, eliminerebbe però ogni responsabilità disciplinare del giudice in attuazione della clausola di salvaguardia di cui all'art. 2, comma 2, D.lgs. n. 106 del 2009 senza, quindi, integrare una fattispecie di illecito.

Se gli esiti della vicenda rimangono incerti⁸⁴ – al momento è ignota la po-

⁸³ Ipotesi a cui sembrerebbe potersi ricondurre la vicenda in commenta, dove dagli atti, come detto, pare difettino provvedimenti formali di revoca della sospensione oppure, anche, dell'ordinanza di rimessione.

⁸⁴ In proposito, ci si può limitare a richiamare i dati statistici relativi all'esito dei procedimenti pre-disciplinari avviati a carico dei magistrati in attuazione della normativa vigente. I dati più recenti attestano un divario percentuale non trascurabile tra provvedimenti di archiviazione (92,8%), atti di esercizio dell'azione disciplinare (4,2%) e altre modalità (3%). Con riferimento ai procedimenti disciplinari, la relazione evidenzia che, nel 2020, essi sono stati definiti con la richiesta di giudizio nel 59,8% dei casi, (55,6% nel 2019), con la richiesta di non farsi luogo al giudizio nel 34,2% dei casi (40% nel 2019), con riunione ad altro procedimento nel 6% dei casi. Due altri dati interessanti

sizione del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione –, è altrettanto vero che la condotta del Tribunale ordinario di Lecce pone comunemente alcune criticità sotto il profilo dell'abnormità degli atti adottati, sì da non potersi escludere a priori un accertamento della ricorrenza dell'illecito di cui alla lett. *ff*)⁸⁵.

La riappropriazione del giudizio principale nelle more di quello di costituzionalità confligge con le regole del processo costituzionale e conseguenze non dissimili derivano a considerare la posizione delle parti del giudizio *a quo*, valorizzando cioè l'origine giudiziaria della questione di costituzionalità. La revoca, disposta d'ufficio dal giudice *a quo*, priverebbe quest'ultima della possibilità di "arrivare" davanti al Giudice costituzionale, svalutandone ruolo e posizione⁸⁶ nel contesto del giudizio di costituzionalità, che risulterebbe precluso per effetto della revoca, e, ancora prima, in quello principale, non disponendo le parti di strumenti di reazione alla decisione del giudice. Il rischio è, cioè, che con la revoca ci si trovi al cospetto di un ulteriore esempio di "ostruzionismo"⁸⁷ del giudice *a quo* affiancabile alle altre prassi potenzialmente lesive del "diritto" al Giudice costituzionale⁸⁸.

Se si giungerà ad un provvedimento disciplinare è difficile pronosticarlo, ma la segnalazione della Corte costituzionale potrà difficilmente rimanere sotto silenzio in considerazione della autorevolezza del mittente.

Nella consapevolezza della inesistenza di vincoli dal lato oggettivo e soggettivo al contenuto della segnalazione, ci si potrebbe tuttavia interrogare sulla ammissibilità di una segnalazione della Corte costituzionale che rintraccia profili

indicano che, nel quinquennio 2015-2019, solo il 6,4% delle notizie di illecito è stato seguito dalla promozione dell'azione disciplinare e che, nel quinquennio 2016-2020, le condanne sono oscillate tra il 25,1% (2016) sino al 21,9% (nel 2020). I dati sono tratti dalla relazione annuale del Procuratore Generale della Corte Suprema di Cassazione in occasione dell'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020, 29 gennaio 2021.

⁸⁵ Ci si limita a segnalare che gli accertamenti e le sanzioni connesse all'illecito di cui alla lett. *ff*) non si verificano di frequente. A voler fornire qualche dato, basti ricordare che: nel 2019, non vi sono stati accertamenti di violazione dell'illecito in esame; nel 2018, 2 casi ma nessun accertamento; 2 casi, un accertamento nel 2017 (Cfr. Sent. n. 10 del 2017); 4 casi, e un solo accertamento nel 2016 (Cfr. Sent. n. 106 del 2016); 4 casi, 1 accertamento nel 2015 (Cfr. Sent. n. 70 del 2015); 3 casi nel 2014; 3 casi nel 2013; 8 casi, mesi aprile-dicembre 2011 (Cfr. Sent. n. 50 del 2011); 1 caso, mesi settembre 2010 a marzo 2011 (Cfr. Sent. n. 6 del 2011).

⁸⁶ Sulla posizione delle parti nel giudizio di costituzionalità, non hanno come noto inciso in modo significativo le modifiche alle Norme integrative entrate in vigore l'8 gennaio 2020 e, in modo particolare, per quanto attiene al ruolo del terzo interveniente e degli *amici curiae*. In questo senso, M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in *Questione Giustizia*, 2020, 122 e ss. Più in generale, sulla posizione delle parti nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, fondamentale il contributo di M. D'AMICO, nel suo *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Milano 1991.

⁸⁷ Utilizzano questo termine per descrivere i comportamenti del giudice *a quo* che ostacolano il sindacato di legittimità costituzionale, F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, «Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, cit.

⁸⁸ Ci si riferisce ai ritardi nella trasmissione dell'atto introduttivo alla Corte costituzionale; alla violazione degli obblighi di notifica; all'omessa sospensione del giudizio principale, all'omessa riassunzione del giudizio principale successivamente alla decisione della Corte costituzionale, sino a quello verificatosi nel caso qui in esame.

di responsabilità disciplinare agganciandola a fasi processuali di un giudizio che rimane esterno alle proprie competenze. Dirimente potrebbe, allora, dimostrarsi un'interpretazione del principio di autonomia, che faccia delle sole vicende del giudizio *a quo* che, anche se indirettamente⁸⁹ ma nelle more di quello di costituzionalità, si riflettano, comprimendole, sulle competenze della Corte, un possibile oggetto di segnalazione da parte di quest'ultima all'organo di autogoverno della magistratura.

Oltre quanto precede, ciò che la vicenda induce, tuttavia, a ribadire è l'esigenza, costituzionalmente imposta, che le questioni di legittimità costituzionale arrivino e vengano decise dal loro Giudice e da nessun altro al suo posto, rifiutando improprie commistioni tra introduttore e decisore della questione di costituzionalità; che il legislatore realizzi fedelmente il giudicato costituzionale anche e soprattutto in presenza di accoglimenti di tipo manipolativo; che il giudice interpreti, ricavando la norma di legge applicabile al "suo" caso dalle disposizioni e senza oltrepassare il seminato tracciato dalla seconde. I pericoli, all'opposto, sono lo sconfinamento dei giudici comuni nelle attribuzioni della Corte costituzionale, l'incremento di una conflittualità tra i due e, ancora prima, la compressione delle finalità originarie del sindacato di costituzionalità e della certezza del diritto, che si vorrebbe e si dovrebbe preservare.

⁸⁹ In verità sull'impiego dell'avverbio "indirettamente" potrebbe soffermarsi ulteriormente. La revoca del provvedimento di sospensione oppure, anche, dell'ordinanza di rimessione influenza, infatti, direttamente almeno l'esito del giudizio principale e i diritti delle parti di quel giudizio. In questo caso, quindi, la vicenda processuale "esterna", fonte di un eventuale accertamento di responsabilità disciplinare, andrebbe a riverberarsi direttamente e negativamente nei confronti delle parti del giudizio *a quo* che sono anche parti, se costituite, di quello di costituzionalità.

RECENSIONI

Dalla tirannia dei contemporanei alla custodia del futuro

Recensione a F.G. Menga, *L'emergenza del futuro. I destini del pianeta e le responsabilità del presente*

Roma 2021

Giusi Sorrenti

Chi si aspettasse di trovare nel libro di Ferdinando G. Menga, *L'emergenza del futuro. I destini del pianeta e le responsabilità del presente* (edito da Donzelli nella collana Saggine) un inquietante affastellarsi di dati sullo stato di salute del nostro pianeta o diagrammi di previsioni funeste sugli anni a venire rimarrebbe profondamente deluso. L'agile volumetto si avvale di una prosa ricca, sfaccettata, ariosa e spazia entro un'estesa gamma di registri espressivi, che valgono a conferirgli un peso e uno spessore inversamente proporzionali a quelli fisicamente percepibili. I motivi di interesse del libro e l'apporto specifico dato al tema evocato dal titolo risiedono principalmente in tre aspetti: il "metodo", o meglio il codice espressivo, impiegato per trattare l'argomento; la proposta di rinnovamento delle teorie etiche attualmente elaborate onde adeguarle all'emergenza ambientale che incalza; lo sforzo, infine, di rifondare opportunamente la teoria politica,

allo scopo di renderla idonea a far fronte in modo soddisfacente alle esigenze di cura del futuro. Pur anticipando sin d'ora che la ragione di maggiore interesse per il costituzionalista è rinvenibile nel terzo profilo, tuttavia, per non far torto alla poliedricità di un contributo proveniente da un filosofo del diritto, da anni votato allo specifico filone di studi in questione¹, non si tralasceranno del tutto gli altri due, provando a cimentarsi, in qualche misura e senza alcuna pretesa di esaustività, anche con essi.

Stile e "metodo" di approccio alla materia prevedono, come si notava poc'anzi, il ricorso ad una molteplicità di argomenti. Si va dagli ovvi riferimenti alla letteratura filosofica – a partire da quello al visionario *Così parlò Zarathustra* di Nietzsche – alle diagnosi psicologiche – laddove si richiama una sorta di "rimosso originario" (p. 9) cui si riporta l'autolesionistica non-cura della generazione presente² – fino ad arrivare alla rilettura di

noti brani musicali e allo snodarsi di immagini di una natura negletta e oscurata che si riappropria dei suoi spazi con il ritrarsi delle attività umane sospese dalla pandemia. Una bella pagina ospita l'accorata rievocazione del mito di Antigone, l'eroina classica che rivendica ardentemente il rito della sepoltura, denotando la convinzione che percepire sentimenti di compassione per le sorti altrui e di lutto per ogni vita perduta o sacrificata – ivi incluse quelle che dovrebbero nascere in un tempo remoto – presupponga l'intimo riconoscimento della condivisione della medesima natura umana, asseverandone la comune dignità.

La pluralità dei registri espressivi adottati coglie l'obiettivo di suscitare nel lettore un coinvolgimento emotivo, una partecipazione empatica nei riguardi del destino degli ipotetici abitanti del futuro: capovolgendo il primo di tutti i comandamenti, il lettore si trova persuaso a pensare, in modo meno ortodosso, che la virtù più alta non consista nell'amore per il *prossimo*, ma per il *lontano* (verrebbe da aggiungere, seguendo nota accreditata dottrina, anche nello spazio, oltre che nel tempo)³. Attraverso una tecnica narrativa che si rifà allo "straniamento" brechtiano (p. 31), si determina una sensazione di "disvelamento" della realtà rimossa, paragonabile – per usare un'immagine cara ai costituzionalisti – allo squarcio del velo

d'ignoranza di rawlsiana memoria. Grazie all'introduzione di un elemento perturbatore nello stato di indifferenza e torpore dominanti, la lettura suscita un sentimento di crescente insofferenza per la corruzione morale che alimenta le attuali vite non-sostenibili e le sorde prassi socio-istituzionali, promuovendo un'epifania in virtù della quale assumono via via sempre maggiore consistenza le "presenze invisibili" destinate a sopportare il costo di molti dei nostri gesti quotidiani. Da entità rarefatte e quasi spettrali, prendono corpo così i soggetti futuri che subiranno, inermi e indifesi, i costi, anche tragici, degli «scellerati comportamenti» consumistici dei contemporanei (p. 6).

"Straniamento", "disvelamento", "coinvolgimento" sono tutti effetti propedeutici a rafforzare il perseguimento della finalità di fondare ad un autentico rinnovamento delle teorie etiche, che l'A. si è ripromesso. Lo scopo esplicito è quello di depurare le costruzioni concettuali esistenti e consolidate dal vizio della "miopia presentistica" che attualmente le affligge, il quale porta ad includere nell'orizzonte soggettivo considerato solo i componenti della generazione di volta in volta esistente. Ma l'operazione, già comune ad un nutrito e serrato filone critico della teoria della giustizia di Rawls⁴, è irta di ostacoli.

In essi si imbatte, ad esempio, la teoria della c.d. reciprocità indi-

retta, secondo cui siamo chiamati a dare a chi verrà dopo di noi ciò che a noi stessi è stato lasciato dai nostri predecessori⁵: non potendosi infatti fondare dalla premessa l'obbligo auspicato, in quanto la restituzione potrebbe realizzarsi anche attraverso altre forme, la teoria finisce per presupporre irrimediabilmente una pratica collettiva preesistente volta ad occuparsi dei posteri (p. 42 ss.). Indubbiamente, però, una delle obiezioni più serie in cui incorre qualsiasi tentativo di erigere un dovere morale di cura dei futuri, se non la più seria, è il c.d. *Non identity problem* sollevato da Derek Parfit, secondo il quale coloro che verranno dopo di noi non sono nella posizione di muovere alcun rimprovero ai loro predecessori perché, modificando qualsiasi condizione nel passato, non sarebbero venuti in essere quegli stessi soggetti nella loro specifica identità, bensì altri e ben distinti individui. L'argomento tuttavia non convince del tutto (né chi scrive, né l'A. se non se ne fraintende il pensiero): il punto non è riconoscere rimedi a beneficio di soggetti specifici, concretamente individuati – e d'altro canto, come si potrebbe? – ma quali azioni intraprendere oggi per preservare nel tempo quella ampiezza di risorse di cui si può attualmente disporre. Di conseguenza la questione non va impostata con riferimento a individui specificamente identificati, bensì alle comunità nel loro insieme,

ad entità collettive, alla continuità delle generazioni, considerate come anonime, indistinte ed indifferenziate.

La precisazione consente di neutralizzare un'obiezione diffusa in tema di responsabilità intergenerazionale, basata sulle difficoltà cognitive che accompagnano i bisogni e gli interessi dei futuri abitanti del pianeta. Il fondamento della tutela degli interessi delle generazioni future non si colloca infatti sul piano individualistico, tipico della concezione liberale astratta dei diritti fondamentali e delle libertà – che presupporrebbe tale conoscibilità e misurabilità degli interessi – ma si inserisce nella relazione solidaristica tra persone incluse in una trama di rapporti (*homme situé*) da cui dipende lo sviluppo della personalità e delle concrete potenzialità di esistenza di ciascuna, quali connotati dell'intangibile sfera di dignità che alle stesse compete. Si tratta della conservazione del dato valoriale della dignità umana in capo a tutti i componenti di una comunità, conformemente alla cornice positiva delineata dagli artt. 2 e 3 Cost., implicante, grazie alla sua concretezza ed il suo calarsi nella realtà effettuale, il superamento della logica strettamente antropocentrica nel rapporto con il mondo naturale⁶.

Grazie a tale passaggio concettuale si compie un significativo slittamento di piano, che predispone la riflessione alla transizione verso

il terreno politico⁷. Proprio in questo snodo si registra una perfetta assonanza con la più avveduta dottrina costituzionalistica: cogliendo il suggerimento di Peter Häberle, che esorta a pensare il popolo in senso diacronico, esso appare come un'unità ideale non scindibile in fasi temporali e scale di identità. La nozione di popolo, chiave di volta dell'ordinamento democratico, come sancisce l'art. 1 Cost., si presta perciò a costituire sul piano giuridico-positivo il pilastro del nuovo diritto intergenerazionale⁸. Parimenti, la concezione dell'elemento umano costitutivo dello Stato come entità diacronica, non temporalmente definita, ma suscettibile di permanere e di riprodursi nel tempo, mantenendo inalterata la propria capacità di porsi quale titolare della sovranità, apre la strada alla ridefinizione di teorie politiche avvedute, adatte a far confluire nelle proposte della classe politica presente la doverosa considerazione degli interessi delle generazioni a venire.

Anche qui le difficoltà non mancano, posto che a tal fine, a parere dell'A., non si può trarre grande ausilio dallo scenario delle teorie più accreditate. Non dal contrattualismo, che presuppone la reciprocità e la simmetria tra le posizioni dei contraenti, assenti nel nostro caso; non dall'utilitarismo, che incorre nell'ostacolo difficilmente superabile, come si è visto, di dover stimare e soppesare utilità e danni proiettati

in un futuro remoto; ma nemmeno, infine, dalla concezione giusnaturalista, che comporta una connessione tra piano etico ed ontologico in sé contestabile (pp. 37 ss.). In sintesi, nessuna delle tre impostazioni dominanti è in grado di affrancarsi dall'attuale «miopia della democrazia»⁹, errore di prospettiva che è all'origine della “tirannia dei contemporanei” contestata da Stephen Gardiner¹⁰, che, consumando uno strappo intergenerazionale, lacera la continuità valoriale della nozione di popolo.

L'A. attinge pertanto alla riflessione di Hannah Arendt e alla sua visione della *polis* greca come unica comunità autenticamente politica, in contrapposizione – nelle pagine di *Vita activa* – alla a-politicità della comunità cristiana, che punta alla carità orizzontale tra le persone, gettate in un mondo di cose caduche di cui è lecito non curarsi. Solo, per converso, il modello della *polis* contempla la creazione di una “sfera pubblica transgenerazionale” in cui i soggetti sono impegnati a compiere opere da sottrarre alla rovina naturale del tempo, convertendo significativamente la precarietà e futilità del mondo in qualcosa provvisto di durevolezza intertemporale. L'istituzione di una sfera pubblica che attraversa i secoli – come dimensione sottratta alla caducità e guadagnata alla permanenza – è la pre-condizione concettuale per la formulazione di azioni che trascen-

dano l'arco della vita degli uomini, gli esseri cioè mortali per definizione – e senza rimedio – secondo la filosofia greca: infatti, una comunità in tanto può dirsi politica in quanto trascende il ciclo delle vite, ma per far questo deve conservare in modo pubblico e visibile ciò che reputa degno.

L'obiezione della natura elitaria che consegue a tale visione della comunità, mossa da Janna Thompson, secondo cui per coltivare l'aspirazione alla permanenza gli ateniesi avevano dovuto delegare i compiti quotidiani alle donne ed agli schiavi, è per l'A. superabile, in quanto il mondo politico non si basa tanto sull'impulso a compiere gesta eterne, ma risiede nella creazione di uno spazio deliberativo in cui si realizzi effettivamente una partecipazione *plurale*: un soggetto politico è quello *esposto all'alterità* (p. 91), mentre gli spazi autenticamente politici sono quelli plurali, disponibili ad accogliere il diverso che non si conosce. Qui sta la fonte della *democraticità*, vista come la capacità di dare ospitalità al nuovo, il diverso, l'estraneo, che può venire autenticamente solo dai nuovi venuti ed è qui – proprio in virtù dei concetti di *pluralità* e di *natalità* (pp. 23 e 94-96) – che l'ideale di società democratica di Hannah Arendt possiede una intergenerazionalità intrinseca: l'A. valorizza la concezione arendtiana della democrazia come apertura verso l'ignoto, para-

digmaticamente identificato con chi deve ancora nascere, e intravede in tale disposizione intrinseca la caratteristica della generazione presente in grado di immettere la cura delle generazioni future all'interno della sfera pubblica e della dimensione politica.

La democrazia pluralistica si estende lungo l'asse temporale, includendo nella sua portata i membri delle generazioni successive, accomunati dall'essere «reciprocamente connessi in un'unica comunità morale» identificata dai valori costituzionali (p. 79)¹¹.

Anche qui l'impostazione prescelta si rivela particolarmente feconda. Da tempo si insiste infatti sulla necessità di restaurazione della nozione di rappresentanza politica¹², recuperandone la capacità progettuale di lungo periodo, anche nella prospettiva di far rientrare nell'agenda politica la tutela delle generazioni future¹³. A questo stadio della riflessione, Ferdinando Menga aggiunge un ulteriore tassello, necessario a rimodulare il potenziamento della rappresentanza politica, solitamente misurato in relazione all'estensione orizzontale al massimo grado della capacità rappresentativa dei governanti, in modo da non estromettere dalla proiezione nelle istituzioni nessuna componente della società. In questa mediazione-unificazione della società composita, il rappresentare, com'è ben noto, non solo funge da

canale di trasmissione delle esigenze di una massa frammentata di gruppi sociali, ma anche da atto simbolico ri-creativo di una comunità omogenea. Già l'osservazione del carattere conformativo quale tratto permanente e strutturale del fenomeno rappresentativo destituisce di per sé di fondamento la critica, per cui rappresentare i futuri senza conoscerne le esigenze e le aspirazioni¹⁴ non può che essere un'attività paternalistica. Ma soprattutto, tale ri-creazione è in grado di includere la cura del futuro soltanto in virtù di un salto di qualità che si realizza sulla scorta della riflessione della teorica di Linden¹⁵ e grazie al quale, dinanzi ai pericoli insiti nell'agire collettivo dell'era contemporanea, si costituisce una comunità politica caratterizzata dall'«impegno comune orientato a una durezza che si misura nel riuscire a realizzare spazi di accoglienza per l'avvenire» (p. 23). Solo una maturata consapevolezza dell'iperbolico accrescimento delle potenzialità distruttive delle azioni umane, comportate dallo sviluppo tecnico-scientifico, e un ribaltamento della ideologia della crescita economica progressiva, possono stimolare l'agire rappresentativo ad affrancarsi appieno dalla logica presentistica implicita, che finirebbe altrimenti per indurre i rappresentanti a progettare il futuro proiettando in avanti indefinitamente, ciecamente ed illusoriamente le condizioni colte nell'istante

contingente. Dinanzi alla acquisita potenzialità erosiva che le azioni intraprese nel presente esibiscono nei confronti dei margini di libertà e sviluppo delle generazioni future, l'A. declina una nozione di «rappresentanza responsiva» (pp. 100-105), includente forme di responsabilità collettiva verso i posteri.

Assumendo la teoria dei vincoli alle azioni pubbliche intraprese dalle istituzioni politiche come oggetto privilegiato d'indagine, l'A. mostra implicitamente di reputare meno conducente il perseguimento dei fini di tutela dell'ecosistema attraverso il canale giurisdizionale. Non soltanto, sul piano squisitamente teorico, postulare diritti dei posteri si scontra con obiezioni non ancora del tutto superate e da alcuni reputate anzi insuperabili¹⁶, ma la stessa configurazione attuale di un diritto all'ambiente rischia di scontare un contenuto vago e generico¹⁷ che, oltre a porre problemi processuali nella definizione degli strumenti di *litigation*, si limiterebbe a fornire il più delle volte una tutela *a posteriori*, in una sede – quella giurisdizionale – meno adatta a svolgere le delicate, complesse e articolate operazioni di bilanciamento¹⁸ tra i molteplici interessi contrapposti, che è preferibile collocare a monte di ogni scelta pubblica.

Pur accennando alle ragioni che spingono la letteratura in argomento a focalizzare la sua attenzione, con significativo slittamento di pia-

no rispetto alla logica dei diritti¹⁹, sulla categoria dei doveri di solidarietà²⁰, l'A. non si sofferma a lungo nemmeno sugli sviluppi di tale impostazione teorica, prediligendo rivolgere la sua attenzione all'elaborazione di una soddisfacente teoria politica. La scelta non è di per sé criticabile e non denota una lacuna della trattazione o un'arbitraria amputazione della sua completezza. L'insieme dei doveri individuali e collettivi, pur opportunamente teorizzati, può tradursi in iniziative e attività rilevanti e capaci di incidere significativamente sugli ambiti tematici di riferimento, solo quando quegli stessi doveri si concretizzano nell'espletamento di funzioni pubbliche che li assumano come direttrici d'azione vincolanti.

Anche qui si registra una consonanza tra la riflessione di Ferdinando Menga e la più accreditata dottrina costituzionalistica, secondo cui la strategia più efficace nel perseguimento della tutela ambientale passa per la predisposizione di "*policies integrate*", sulla scorta dell'itinerario intrapreso dal diritto europeo (artt. 11 e 191 TFUE), che prescrive la considerazione dell'interesse ambientale nelle azioni che perseguano obiettivi distanti e contrapposti a quelli ecologici. Nella configurazione positiva del dettato europeo, la protezione dell'ecosistema non è delineata come limite esterno alle scelte dei pubblici poteri, ma quale «"matrice" funzionale»

conformativa dell'azione pubblica²¹. L'attitudine conformativa non è suscettibile di essere delimitata *a priori*, in quanto le decisioni politiche capaci di produrre un impatto sulle generazioni future esulano da settori specifici per essere connotate da una spiccata trasversalità. Tra le risorse consumabili, accanto a quelle energetiche, all'equilibrio dell'ecosistema ed alla biodiversità, vanno annoverate in primo luogo, com'è noto, le disponibilità finanziarie, al fine di non addossare sulle generazioni future il costo insostenibile del disavanzo corrente; ma vi vanno ricondotti in ultima analisi gli stessi spazi di agibilità democratica, che potrebbero contrarsi e risultare più angusti rispetto al presente, se si persevera ad attuare scelte che marginalizzano la mediazione socio-politica e accentuano nel sistema tratti oligarchici, se non propriamente autoritari.

Una volta elaborata una teoria politica atta a incorporare nella adozione delle scelte pubbliche la doverosa considerazione degli interessi delle generazioni a venire, occorrerebbe certo che esistesse una classe dirigente all'altezza del compito, in grado di affrancarsi dalla «cattiva prassi dei governi» (p. 52) di abdicare alla posizione di guida della comunità a favore di fortissimi coaguli di interessi economici. In primo luogo, una classe politica affidabile dovrebbe essere in grado di fugare il rischio che le bandiere del

green, dello sviluppo sostenibile²², della biodiversità e dell'*ecofriendly* siano sventolate allo scopo di ammantare di un alone di legittimità iniziative tese alla crescita economica *tout court*²³, degenerando facilmente, dietro le spinte neo-liberistiche, in una sorta di "industrialismo ambientale". Una simile distorsione è già stata denunciata in riferimento alla nozione di equilibrio di bilancio introdotta dall'art. 81 Cost.²⁴, che si presterebbe ad essere strumentalizzata per alleggerire l'apparato del *Welfare* esistente, aggravando il divario già chiaramente percepibile tra le classi sociali.

Ed è qui che – se un rilievo si può infine muovere – il filosofo del diritto avrebbe forse potuto spingersi oltre, sottolineando come il canale delle garanzie azionabili torni a divenire irrinunciabile quando quello politico difetti o fallisca e debba essere congruamente perseguito. A questo proposito, la recente riforma dell'art. 9 Cost., che affianca – quale vero e proprio parametro di legitti-

mità costituzionale – alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione, quella dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, con la significativa aggiunta «anche nell'interesse delle future generazioni», prestandosi a coniugare efficacemente "concezioni antropocentriche" e "concezioni ecocentriche", ha l'effetto di «conformare, con un vincolo giuridico, le scelte degli organi titolari della potestà normativa, imponendo istruttorie, ponderazioni e bilanciamenti specificamente orientati a considerare gli effetti di lungo periodo di quelle scelte e rendendo queste ultime, al tempo stesso, misurabili e valutabili nella sede di un sindacato giudiziale di ragionevolezza non più limitato alla sola "non manifesta irragionevolezza"»²⁵. La teoria politica fondamentalmente non basta, dinanzi al compito ineliminabile del diritto e della giurisprudenza costituzionali, per affrontare una sfida che è posta contemporaneamente al diritto, all'etica e alla politica.

¹ Richiamando i soli saggi monografici, v. F.G. MENGA, *Etica intergenerazionale*, Brescia 2021 e ID., *Lo scandalo del futuro. Per una giustizia intergenerazionale*, Roma 2016.

² L'A. parla di «egoistica incuria dei contemporanei» (32).

³ L'evidente riferimento è ad A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli 2008, 71 ss.

⁴ Si v. almeno, oltre alle note posizioni di M. Nussbaum e già di S. Weil: H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, Insel Verlag, Frankfurt am Main 1979; tr. it. *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, a cura di P.P. Portinaro, Torino 2009, 49; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Una utopia necessaria*, Roma-Bari 2014; N. URBINATI, *Liberi e uguali. Contro l'ideologia individualista*, Roma-Bari 2011 e ID., *L'ethos della democrazia. Mill e la libertà degli antichi e dei moderni*, collana: *Biblioteca di cultura moderna*, Roma-Bari 2006; S. FERLITO, *Il volto beffardo del diritto. Ragione economica e giustizia*, Milano 2017, 54 s.; ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, Torino 2016, 89; ID., *Diritti per forza*, Torino 2017, 8; N. BOBBIO, M. VIROLI, *Dialogo intorno alla Repubblica*, Roma-Bari 2001, 40; A. D'ALOIA, *Costituzione e protezione delle generazioni future*, in F. CIARAMELLI, F.G. MENGA (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto, all'etica e alla politica*, Napoli 2017, 308 ss.

⁵ Un approccio parzialmente distinto si trova nella logica della *transgenerational community* evidenziata da Avner de-Shalit, in cui ciò che si riceve dal passato si deve trasmettere agli abitanti del futuro in quanto “non interamente proprio”: A. DE-SHALIT, *Why Posterity Matters. Environmental Policies and Future Generations*, Londra, 1994.

⁶ V. R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile*, cit.

⁷ Su quello etico ci si accontenta di avere individuato una premessa inconfutabile del discorso, scarna quanto si vuole, ma granitica ed irriducibile: la percezione diffusa e generalizzata di un'ingiustizia morale sull'ingiustizia dei danni che infliggiamo quotidianamente alle generazioni future.

⁸ Una simile estensione concettuale non è in contraddizione con quanto scritto nella Costituzione giacobina, secondo cui «*Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures*». Siffatto divieto, pronunciato con lo sguardo rivolto al passato, all'*ancien régime*, mirava a rivendicare spazi di autodeterminazione politica rispetto all'assetto consolidatosi in epoca monarchica e quindi era volto – al pari della lettura in senso diacronico della nozione di popolo – a non restringere le possibilità di vita, di scelta e di azione delle generazioni a venire: v., in questo senso, sulla clausola del 1793, A. CIERVO, *Gli assenti e i lontani. Omogeneità sociale, “coscienza del noi” e crisi della democrazia politica*, in *Costituzionalismo*, 3/2021 – *Il conflitto tra generazioni come questione di diritto costituzionale*, 25 febb. 2022, 37 ss.

⁹ G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino 2016, 112.

¹⁰ S. GARDINER, *A perfect Moral Storm. The Ethical Tragedy of Climate Change*, Oxford 2011, 36.

¹¹ In questa prospettiva v. già R. BIFULCO, *Futuro e Costituzione. Premesse per uno studio sulla responsabilità verso le generazioni future*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. I, Torino 2005.

¹² Negli anni più recenti v. almeno i contributi al Seminario su *Crisi della rappresentanza e nuove*

dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa, Catania 3-4 aprile 2017, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 3/2017 e A. MORELLI, *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, in *Dir. cost.*, 1/2018, 95 ss., nonché, *amplius*, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli 2018.

¹³ V., in questo senso, ora, A. MORELLI, *Ritorno al futuro. La prospettiva intergenerazionale come declinazione necessaria della responsabilità politica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2021, 77 ss.

¹⁴ Premessa, come si è detto, non necessaria se si abbandona la logica individualistico-liberale e si adotta quella della conservazione nel tempo del patrimonio assiologico-costituzionale rivolto a una comunità in cui libertà, solidarietà e dignità possano pienamente esplicarsi.

¹⁵ Sebbene la stessa fosse, com'è noto, una critica convinta della democrazia rappresentativa.

¹⁶ Per un approccio possibilista, puntualmente argomentato v. però R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano 2008, 77 ss.

¹⁷ L'«interesse alla tutela ambientale non è intrinsecamente suscettibile di essere qualificato, dal punto di vista tecnico-giuridico, in termini di diritto soggettivo»: così, categoricamente, M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., 306.

¹⁸ Insiste sulle distinte tipologie del bilanciamento da praticare nei vari settori, coesenziali ad una ponderazione che, per sua natura, va modulata diversamente a seconda delle peculiarità degli interessi in gioco, T. GUARNIER, *La solidarietà intergenerazionale nella prospettiva costituzionale. Alcuni nodi da sciogliere*, spec. 5 ss. del *paper*.

¹⁹ È infatti confutata la necessaria sussistenza di un nesso sinallagmatico secondo cui il dovere sarebbe sempre e comunque il lato passivo del diritto.

²⁰ In questo senso v. soprattutto R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, cit., 78 ss. Sui doveri di solidarietà, tra gli scritti più recenti, v. almeno S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, cit.; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Milano 2015, 305 ss. e A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2016, 20 apr. 2016, 1 ss.

²¹ M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quad. cost.*, 3/2021, 291 e ora ID., *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un'occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Quad. cost.*, 2/2022, 351 ss.

²² Principio enunciato dal *Rapporto Bruntland* nel 1987; ma, per una corretta tematizzazione del rapporto tra le due polarità “ambiente” e “sviluppo”, v. già il principio n. 3 della “Dichiarazione su ambiente e sviluppo” di Rio, secondo cui «*The right to development must be fulfilled so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations*».

²³ Non a caso si parla in questi termini di *greenwashing*.

²⁴ V. M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., 420 ss.; T. GROPPI, *Sostenibilità e Costituzione: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *DPCE*, 1/2016; D. PORENA, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino 2017 e I. CIOLLI, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema*, in *Bilancio Comunità Persona*, vol. 2021, 51 ss.

²⁵ Ancora M. CECCHETTI, *op. ult. cit.*, 310 s.

Un esempio virtuoso dell'applicazione del principio di responsabilità intergenerazionale (introdotto dall'art. 20a *Grundgesetz*, unanimemente riconosciuta quale disposizione programmatica o *Staatsziel*) si trova nella decisione resa il 24 marzo 2021 dal *BVerfG*, che ha reputato contraria ad esso la legge federale sulla protezione del clima (*KSG*) del 12 dicembre 2019, in quanto, rinviando al periodo successivo al 2030 una riduzione significativa delle emissioni di gas serra, avrebbe avuto l'effetto di gravare in modo sperequato, in termini di sacrificio imposto alle rispettive libertà, sulle generazioni future rispetto alla generazione presente (sulla decisione v. A. DE PRETIS, *Protezione del clima e dimensione intertemporale dei diritti fondamentali: Karlsruhe for Future?*, in *CERIDAP*, 4/2021).

ABSTRACT

Filippo Patroni Griffi, *Dal Consiglio di Stato all'istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali: una lunga storia di tutele contro il potere arbitrario*

L'A., in occasione dei 190 anni del Consiglio di Stato e dei 50 anni dei Tribunali Amministrativi regionali, ripercorre la storia del giudice amministrativo in Italia, rilevandone l'evoluzione che l'ha portato dall'essere consigliere del sovrano a diventare a tutti gli effetti giudice terzo e imparziale, indipendente dal potere. Viene poi messo in luce come, nei tempi più recenti, la giustizia amministrativa, seguendo lo sviluppo dello Stato moderno, è chiamata a garantire anche i diritti sociali e a decidere nel campo dell'economia, così come a partecipare alla costruzione dell'ordinamento europeo. In conclusione, sono proposte alcune riflessioni sull'indipendenza della magistratura e sull'importanza che l'autogoverno non ceda a logiche sindacali o corporative.

Italian Administrative Justice: a Long History of Protections against Arbitrary Power

On the occasion of the 190th anniversary of the Council of State and the 50th anniversary of the Regional Administrative Courts, the Author retraces the history of Italian administrative justice, which originally had only an advisory role and then became an independent and impartial judge. In more recent times, Italian administrative justice, following the development of the modern state, guarantees also social rights, delivers judgments in the field of economics and business as well as participates in the construction of the European system. In conclusion, the Author proposes some reflections about the independence of the judiciary and the importance that such autonomy does not involve into self-centered logics.

Giuseppe Severini, *Il Consiglio di Stato: specchio dello Stato di diritto*

Lo scritto ripercorre i centonovanta anni di storia del Consiglio di Stato e si incentra sulle prospettive che si aprivano al suo sorgere e sulla trasformazione

che lo ha connotato specialmente nell'ultimo trentennio. La via venne tracciata già nel 1831, spostandone il carattere verso quello di un grande corpo tecnico-giuridico anziché di un organo rappresentativo. Da allora il Consiglio di Stato è andato riflettendo il consolidamento di quello che poi è divenuto lo Stato di diritto, seguendone le trasformazioni fino a quelle profonde che seguono il 1992, che investono la stessa consistenza del diritto pubblico. Così, mentre lo Stato di diritto si è andato spostando verso la giurisdizione, il Consiglio di Stato dapprima è divenuto *anche* giudice, poi negli ultimi decenni questa sua caratteristica è divenuta dominante, avvicinandolo a una corte amministrativa suprema, seppure con importanti funzioni consultive. La trasformazione apre nuove prospettive e comporta nuove responsabilità.

The Council of State: Mirror of the Rule of Law

The report traces the 190-year history of the *Consiglio di Stato* and focuses on the prospects that opened at its inception and the transformation that has characterized it especially in the last thirty years. The path was already laid out in 1831, shifting its character towards that of a large technical-juridical body rather than a representative body. Since then, the *Consiglio di Stato* has been reflecting the consolidation of what has become the Rule of Law (*Stato di diritto*), following its transformations up to the profound ones that follow 1992, which involve the very substance of public law. Thus, while the *Stato di diritto* has been moving towards jurisdiction, the *Consiglio di Stato* has at first also become a judge, then in recent decades this characteristic has become dominant, bringing it closer to a supreme administrative court, albeit with important consultative functions. The transformation opens up new perspectives and brings new responsibilities.

Marco Ruotolo, *Riflessioni interlocutorie su verità, fiducia e democrazia rappresentativa. Si può combattere la menzogna nel c.d. mercato politico?*

Il saggio ha per oggetto le manipolazioni nei rapporti con gli elettori e con l'opinione pubblica nel c.d. mercato politico, con particolare riguardo all'impiego delle nuove tecnologie. L'Autore si sofferma sui concetti di veridicità e fiducia quali elementi costitutivi della democrazia rappresentativa, per riflettere in ordine ai limiti di tollerabilità costituzionale della diffusione di notizie palesemente false e, in conseguenza, circa la possibilità di adozione di misure rivolte a prevenire o a reprimere il fenomeno.

Interlocutory Reflections on Truth, Trust and Representative Democracy. Is it Possible to Battle Untruth in the so-called Political Market?

The essay deals with the manipulations in the relation with voters and public opinion in the so-called political market, with particular regard to the use of new technologies. The Author lingers on the concepts of truthfulness and trust

as constitutive elements of representative democracy, to reflect on the limits of constitutional tolerability of the dissemination of clearly false information and, consequently, on the possibility of adopting measures aimed at preventing or repressing the phenomenon.

Margherita Interlandi, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*

Il lavoro affronta il tema delle possibili implicazioni giuridiche che il principio dell'equilibrio intergenerazionale determina nel rapporto tra Stato e cittadini, sotto il profilo dei limiti che incontra l'applicazione del vincolo del pareggio di bilancio, rispetto alla concreta attuazione dei diritti sociali. Muovendo dalla più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di pareggio di bilancio, ci si chiede se è possibile attribuire rilevanza giuridica agli indicatori di benessere equo e sostenibile, quali vincoli nella gestione della spesa pubblica e, al contempo, se siano percorribili soluzioni organizzative che possano assicurare una gestione responsabile delle risorse finanziarie, tale da garantire un livello di benessere accessibile a tutti. Quest'ultimo profilo, in particolare, viene affrontato tenendo conto delle linee di indirizzo del Recovery Plan, relative alla tutela dei diritti sociali, in base alle quali sembra possibile valorizzare ulteriormente il ricorso alla cooperazione tra PA e Terzo settore. Ciò porta a suggerire l'opportunità di promuovere un modello organizzativo fondato su una più ampia ed efficace collaborazione pubblico-privata, finalizzata a riequilibrare il rapporto tra vincoli di bilancio ed affettività dei diritti sociali, in una auspicata prospettiva solidaristica, secondo la quale la tutela delle generazioni future non può prescindere dal benessere delle generazioni presenti, ovvero dal superamento degli attuali divari sociali.

Social Protection and Intergenerational Balance

The work deals with the possible legal implications that the principle of intergenerational balance determines in the relationship between the State and citizens, from the point of view of the limits that the application of the budget balance constraint encounters, with regard to the practical implementation of social rights. Starting from the most recent jurisprudence of the Constitutional Court in the matter of budgetary balance, one wonders whether it is possible to attribute legal importance to indicators of fair and sustainable well-being, such as constraints in the management of public expenditure and, at the same time, whether organisational solutions that can ensure responsible management of financial resources are feasible, so as to ensure a level of well-being accessible to all. The latter profile, in particular, is addressed taking into account the guidelines of the Recovery Plan, relating to the protection of social rights, according to which it seems possible to further enhance the use of cooperation between the Public Administration and the Third Sector. This leads to suggest the op-

portunity to promote an organizational model based on a wider and more effective public-private collaboration, aimed at rebalancing the relationship between budgetary constraints and affectivity of social rights, in a hoped-for solidarity perspective, according to which the protection of future generations cannot be separated from the well-being of present generations, that is, from the overcoming of current social gaps.

Raffaella Dagostino, *Nuovi percorsi di ibridazione fra pubblico e privato: dai modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231/2001 ai piani per la prevenzione della corruzione nella PA*

Nel presente lavoro s'intende condurre un'analisi comparata fra modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001 e piani di prevenzione della corruzione nella p.a., al fine di dimostrare come: *i*) in nome dell'etica della legalità, si assista a una trascinazione di regole e principi dal settore pubblico a quello privato; *ii*) la valorizzazione della logica della prevenzione mediante la buona organizzazione porti a rivalutare fortemente il momento della pianificazione organizzativa, sia negli enti pubblici sia in quelli privati, divenendo essa assolutamente centrale per garantire forme più efficienti della funzione, o più in generale, dell'attività degli enti, a beneficio dell'intera collettività.

New Hybridization Paths between Public and Private Systems. A Comparative Analysis between Organizational Models Pursuant to Legislative Decree N. 231/2001 and Corruption Prevention Plans in the Public Administration

The essay proposes a comparative analysis between organizational models pursuant to Legislative Decree no. 231/2001 and corruption prevention plans in the p.a., in order to prove that: *i*) in pursuing the ethics of legality there is an overflow of rules and principles from the public to the private sector; *ii*) the enhancement of the logic of prevention through good organization leads to strongly re-evaluate the moment of organizational planning, both in public and private bodies. Organizational planning becomes absolutely central to ensuring more efficient forms of function, or more generally, of institutions' activities, for the benefit of the community.

Michele Barone, *Riflessioni sulla regolazione del mercato a partire dalla natura dei poteri sanzionatori. Il "caso Amazon"*

A partire da una generale analisi dei poteri sanzionatori e delle recenti evoluzioni della giurisprudenza in materia, nel contributo si tenta di dare soluzione a un interrogativo di fondo: le variegate funzioni afferenti alla vasta categoria della "regolazione del mercato" suscitano esigenze di massima garanzia? Soltanto in

caso di risposta affermativa, lo *status* di indipendenza delle autorità regolatorie potrebbe ritenersi costituzionalmente fondato. Ricostruita, dunque, la funzione regolatoria come strettamente amministrativa, nel contributo – anche mediante l’analisi del “caso Amazon” – si evidenzia come da ciò consegua un inevitabile squilibrio dello *status* di indipendenza delle autorità, che non solo mina l’efficacia della loro attività, ma rende in fondo precaria la stessa *legittimità* dei loro atti.

Reflections on Market Regulation Starting from the Nature of the Sanctioning Powers. The “Amazon Case”

Starting from a general analysis of the sanctioning powers and the recent evolutions of the jurisprudence on this subject, the contribution attempts to solve a basic question: do the variegated functions pertaining to the vast category of “market regulation” raise the need for maximum guarantee? Only if the answer is affirmative could the independent status of the regulatory authorities be considered constitutionally founded. In the contribution the regulatory function is considered as strictly administrative (also in the light of the analysis of the “Amazon case”), and it is underlined that this leads to an unavoidable imbalance of the independent status of the Authorities, which not only undermines the effectiveness of their activity, but ultimately renders the very legitimacy of their acts precarious.

Costanza Nardocci, *Dalla rimessione della questione di costituzionalità alla definizione del giudizio a quo “senza la Corte”: verso la responsabilità disciplinare del magistrato?*

Il saggio offre un commento alla decisione della Corte costituzionale n. 127 del 2021, con cui il Giudice costituzionale ha dichiarato l’inammissibilità di una questione di costituzionalità sollevata sull’art. 348, comma 6, e 458, comma 2, c.p.p., per contrasto con gli artt. 24 e 111 Cost.

Oltre l’analisi dei profili di merito, l’articolo affronta due aspetti distinti.

In primo luogo, il saggio si occupa del tema della (ir)revocabilità dell’ordinanza di rimessione e del provvedimento di sospensione del giudizio *a quo*, disposti dal giudice del procedimento principale che ha definito il suo giudizio senza attendere la decisione della Corte costituzionale.

In seconda istanza, l’articolo approfondisce la reazione della Corte costituzionale di fronte alla rilevata “patologia” del giudizio *a quo* dalla prospettiva delle relazioni tra Corte costituzionale e giudici comuni.

From the Question of Constitutional Legitimacy to the Definition of the a quo Judgment “without the Court”: Towards a Judge’s Disciplinary Liability?

The Articles comments Constitutional Court’s judgement No. 127 of 2021, that declared inadmissible the question of constitutional legitimacy of Articles

348, par. 6, and 458, par. 2, of the code of criminal law procedure with respect to Articles 24 and 111 of the Constitution.

Beyond the merit, the Articles tackles two distinct aspects.

On the one hand, the Article addresses the issue pertaining to the feasibility of the revocation of the act that either brings the question of constitutional legitimacy to the Constitutional Court or that suspends the initial judgment adopted by the judge, instead of waiting for the judgement of the Constitutional Court.

On the other, the Article wishes to closely look at the Constitutional Court's reaction towards the judge's misconduct from the perspective of the relationships between the former and the judiciary.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

FILIPPO PATRONI GRIFFI, Giudice della Corte costituzionale, già Presidente del Consiglio di Stato

GIUSEPPE SEVERINI, Presidente di Sezione emerito del Consiglio di Stato

MARCO RUOTOLO, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi Roma Tre

MARGHERITA INTERLANDI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli "Federico II"

RAFFAELLA DAGOSTINO, Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università Lum "Giuseppe Degennaro"

MICHELE BARONE, Dottore di ricerca in Innovazione e gestione delle risorse pubbliche e titolare di borsa di ricerca presso l'Università degli Studi del Molise

COSTANZA NARDOCCI, Ricercatrice di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano

GIUSI SORRENTI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Messina

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 Sansone e da Cedam.

«Diritto e Società» è dotata di un Codice etico e di un Regolamento, pubblicati sul sito web della Rivista all'indirizzo: www.rivistadirittoesocieta.it.

Estratto dal Regolamento della Rivista

ARTICOLO 2

(Tipologia dei contributi)

1. I contributi sono proposti per la pubblicazione dai componenti del Comitato di Direzione e del Comitato Scientifico. Il proponente ne accerta previamente la scientificità e la pertinenza con l'area tematica della Rivista.
2. «Diritto e Società» non accetta contributi già pubblicati su altre Riviste, anche telematiche. Gli Autori, sottoponendo il contributo a «Diritto e Società», si impegnano a non proporlo o pubblicarlo su altre Riviste, anche telematiche.
3. Possono essere proposti per la pubblicazione, sulla quale decide il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, contributi in corso di stampa in volumi collettanei.
4. I contributi inviati alla Rivista dall'Autore di sua iniziativa sono vagliati dal Direttore responsabile, il quale può anche sottoporli a uno o più componenti del Comitato di Direzione.
5. Tutti i contributi, tranne le *Recensioni*, sono sottoposti al procedimento di revisione di cui all'art. 3. Il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, può eccezionalmente decidere di non sottoporre a revisione un contributo; della circostanza è dato conto nella prima nota a pie' di pagina.

ARTICOLO 3

(Procedimento di revisione)

1. I contributi proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono sottoposti a un procedimento di revisione tra pari, almeno a singolo cieco (*single blind*).
2. Essi, dopo essere stati resi eventualmente anonimi, sono inviati dal Direttore responsabile a due *referee* scelti nell'ambito di un elenco, periodicamente aggiornato, di professori 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. L'elenco dei valutatori impegnati nell'ultimo triennio è annualmente pubblicato assieme all'ultimo fascicolo della Rivista.
3. In casi eccezionali, il Direttore responsabile può individuare uno dei due *referee* anche tra i componenti del Comitato Scientifico.
4. Il *referee* valuta l'ampiezza e l'originalità della trattazione, la chiarezza dell'analisi critica, la familiarità con la letteratura, anche straniera, più rilevante sul tema, la correttezza dell'uso delle fonti e del metodo. A tal fine, a ciascun *referee* è inviata, assieme al contributo, una Scheda per la valutazione.

5. Il *referee* esprime la propria valutazione inviando la Scheda compilata all'indirizzo *e-mail* del Comitato di Direzione, entro il termine indicato dal Direttore responsabile.
6. Nel caso di dichiarata indisponibilità del *referee* o di mancato rispetto del termine per la revisione, il Direttore responsabile provvede a sostituire il *referee*.
7. Il *referee* può ritenere il contributo pubblicabile, non pubblicabile, pubblicabile con modifiche, pubblicabile con suggerimenti. Le modifiche o i suggerimenti sono inviati dal Direttore responsabile all'Autore, il quale resta libero di seguire o meno i suggerimenti.
8. Nel caso uno solo dei due *referee* ritenga il contributo non pubblicabile, la decisione sulla pubblicazione è presa dal Direttore responsabile, anche sentito uno o più componenti del Comitato di Direzione.
9. Il Direttore responsabile custodisce, in formato elettronico, copia di tutte le Schede di valutazione e delle *e-mail* con cui sono state ricevute.

Il Comitato di Direzione e il Comitato di Redazione hanno sede in Roma presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

e-mail del Comitato di Direzione: dirittoesocieta@gmail.com

e-mail del Comitato di Redazione: dirittoesocieta.red@gmail.com

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081 5800459

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.

email: editoriale.abbonamenti@gmail.com

Abbonamento: Italia euro 120,00, estero euro 300,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di luglio 2022
da *Grafica Elettronica* – Napoli