

ISSN 2704-8667
[online]

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA

Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche, Economiche e Sociali

International Review of Legal, Economic and Social Science



con il patrocinio
dell' Università degli Studi di Napoli Parthenope

WWW.ISTITUZIONIDIRITTOECONOMIA.EU

Anno V
Numero 2 -2023
MAGGIO – AGOSTO

IERDISAF

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA

Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche, Economiche e Sociali
International Review of Legal, Economic and Social Science

Periodico scientifico quadrimestrale *open access* di dottrina, giurisprudenza
e documentazione pubblicato all'indirizzo:

URL <https://www.istituzionidirittoeconomia.eu>

Editore (*Publisher*):

IERDISAF – Istituto Europeo di Ricerca e studio comparato del
Diritto e delle Scienze Amministrative e Finanziarie – NAPOLI (IT)

C.F. 95228970638

Sede, Redazione e Direzione della Rivista:

c/o IERDISAF

Via Traversa Nuova Marina n. 8 – 80133 Napoli (IT)

Contatti:

Tel. (+39) 371 11 96 605

Email: redazione@istituzionidirittoeconomia.eu

Direttore Responsabile:

Avv. DOMENICO DENTE GATTOLA

Data pubblicazione web:

AGOSTO 2023

DIREZIONE SCIENTIFICA

Direttore: DOMENICO CROCCO, *IERDISAF – UPM Uni-internazionale, Milano* - Condirettori: DARIO LUONGO, *Università degli Studi di Napoli Parthenope* - FEDERICO PICA, *SVIMEZ - Università degli Studi di Napoli Federico II* - ANDREA A. SALEMME, *Corte di Cassazione* - MARCO TIBERII, *Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

COMITATO SCIENTIFICO

SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA, *Università degli Studi di Napoli Parthenope* - CARLO AMATUCCI, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - CARLO AMIRANTE, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - ENRICO BONELLI, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - SERGIO CAPOZZI, *Università degli Studi di Napoli Parthenope* - RAFFAELLO CAPUNZO, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - ANDREA R. CASTALDO, *Università degli Studi di Salerno* - STEFANO CHERTI, *Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale* - GABRIELLA DE MAIO, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - MANLIO INGROSSO, *Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli* - PIER FRANCESCO LOTTITO, *Università degli Studi di Firenze* - VINCENZO MASTRONARDI, *Sapienza Università di Roma* - GIOVANNI NERI, *IERDISAF – UPM Uni-internazionale, Milano* - GIORGIO SPANGHER, *Sapienza Università di Roma* - GENNARO TERRACCIANO, *Università degli Studi di Roma Foro Italico* - SALVATORE VILLANI, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - PAOLO WULZER, *Università degli Studi di Napoli L'Orientale*

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

SANDRA CASSOTTA, *Aalborg University Copenhagen, Danimarca* - RENATA FRANC, *Institute of Social Sciences Ivo Pilar, University of Zagreb, Croazia* - MARGARETH HELFER, *Istituto di Diritto Italiano, Universität Innsbruck, Austria* - ANTHONY W. MCKENZIE, *Miami International University, USA* - ANDREA NUvoli, *Universität Abat Oliba CEU, Barcelona, Spagna* - CARMEN PARRA RODRIGUEZ, *Universität Abat Oliba CEU, Barcelona, Spagna* - COSIMO RISI, *USI, Lugano, Svizzera* - FRANCESCO A. SCHURR, *Istituto di Diritto Italiano, Universität Innsbruck,*

*Austria - SILVIA TRIFONOVA, University of National and World Economy
Sofia, Bulgaria - MATTHIAS THEODOR VOGT, Hochschule Zittau-
Görlitz, University of Applied Sciences, Germania*

RAPPORTI INTERNAZIONALI

SALVATORE VILLANI, *Università degli Studi di Napoli Federico II*

COMITATO DI REDAZIONE

ANGELINA CIRILLO, ROSSELLA CISCOGNETTI
MASSIMINO CRISCI, IVAN CUOCOLO
JEAN PAUL DE JORIO, SARA PIANCASTELLI

SEGRETERIA DI REDAZIONE

FRANCESCO CAMPLANI, *Redattore Capo*
LUCIA ROCCO, FULVIO TUDISCO,

DIRETTORE RESPONSABILE

DOMENICO DENTE GATTOLA

Con il patrocinio dell'Università degli Studi di Napoli Parthenope



* * * * *

La Rivista *Istituzioni Diritto Economia*, che tratta esclusivamente argomenti scientifici e si avvale della collaborazione di diverse Istituzioni Universitarie italiane e straniere, è un periodico scientifico senza finalità lucrative pubblicato, con periodicità quadrimestrale, esclusivamente *online*.

Essa è resa liberamente disponibile secondo i canoni dell'*Open Access*, in accordo con i principi espressi nella Dichiarazione di Berlino: accesso aperto alla conoscenza, massima diffusione e visibilità sul *WEB* per la ricerca scientifica, diffusione pubblica dei risultati delle ricerche finanziate con fondi pubblici e/o privati. Il lettore può infatti condividere, riprodurre, distribuire, stampare e comunicare al pubblico ogni lavoro scientifico pubblicato su *Istituzioni Diritto Economia*, con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dal diritto d'autore, in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale della Rivista, nonché dell'autore del contributo.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono sempre a titolo gratuito. Le opere pubblicate su la Rivista *Istituzioni Diritto Economia* sono attribuite dagli autori. Sono fatte salve, in ogni caso, le garanzie previste dalla disciplina vigente in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (legge n. 633/1941).

La Rivista non è soggetta alla registrazione presso il Tribunale, dal momento che tale adempimento è obbligatorio per le pubblicazioni periodiche *online* esclusivamente per le attività per le quali i prestatori

dei servizi intendano avvalersi delle provvidenze in favore dell'editoria previste dalla legge 7 marzo 2001, n. 62, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 7 del decreto legge n. 70 del 2003.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli della Rivista *Istituzioni Diritto Economia*, può essere utilizzata la forma di seguito indicata: N. COGNOME, Titolo del contributo, in *Istituzioni Diritto Economia – Rivista online*, Anno I, Num. 1, 2019, p. 10 ss.

Peer review.

Salvo diversa indicazione, tutti i contributi pubblicati in questo fascicolo sono soggetti a previa valutazione secondo il metodo *double blind peer review*.

La redazione della Rivista conserva idonea documentazione di tutte le operazioni della procedura di referaggio.

Avvertenza.

Le opinioni espresse nei contributi pubblicati impegnano i soli Autori. La Direzione non assume alcuna responsabilità nemmeno per eventuali errori od omissioni nella correzione delle bozze.

INDICE

CONTRIBUTI E RICERCHE

DOMENICO CROCCO

Appunti in tema di principi regolatori della pubblica amministrazione tra previsioni costituzionali, diritto eurounitario e interpretazione giurisprudenziale .. >> 3

RAFFAELLO CAPUNZO

La pubblica amministrazione tra potere e funzione. Una breve introduzione ... >> 20

DANIELA SICILIANO

Spunti ricostruttivi dell'attività amministrativa tra vincoli, discrezionalità e merito >> 40

DOMENICO CROCCO

Public governance, modernizzazione della p.a. in termini tecnico-aziendalistici e processo di semplificazione amministrativa nell'era della digitalizzazione e dell'intelligenza artificiale >> 60

CARLO PONTORIERI

Francesco Albergamo nella recezione italiana di Hans Kelsen >> 78

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

ANTONINO DI MAIO

L'esercizio abusivo dell'attività finanziaria nella recente prospettiva giurisprudenziale >> 96

RECENSIONI

FEDERICO BONAGLIA, ANDREA GOLDSTEIN

Globalizzazione e sviluppo, Bologna, Il Mulino, 2° edizione aggiornata, 2011, pp. 131 (a cura di Anna Ambra)

>> 116

Contributi e Ricerche



DOMENICO CROCCO*

APPUNTI IN TEMA DI PRINCIPI REGOLATORI
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
TRA PREVISIONI COSTITUZIONALI,
DIRITTO EUROUNITARIO
E INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il principio di legalità. – 3. Il principio del buon andamento. – 4. Il principio di imparzialità. – 5. I principi di ragionevolezza e del contraddittorio. – 6. I principi di pubblicità e trasparenza. – 6.1. Il diritto di accesso quale espressione positiva del principio di trasparenza amministrativa. – 7. Gli altri principi. – 8. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Nell'ordinamento italiano l'attività della P.A., così come la sua organizzazione strutturale, soggiace al rispetto di alcuni principi che ne sanciscono la legittimità.

Tali principi sono deputati a svolgere un ruolo fondamentale nell'attività dello Stato, fornendo un quadro giuridico e valoriale che orienta – sin dagli albori dello Stato di diritto ottocentesco¹ - l'operato dei pubblici poteri in generale e assicurando, in tal modo, il rispetto dei diritti e, soprattutto, delle libertà dei cittadini che con quei poteri interagiscono².

Attualmente si tratta di paradigmi fondamentali che derivano dalle disposizioni costituzionali³ e dal diritto eurounitario⁴ che, soprattutto negli ultimi trent'anni, grazie all'opera di interpretazione della giurisprudenza, hanno contribuito notevolmente all'affermazione di canoni di comportamento della

* Professore di Istituzioni di diritto pubblico e diritto pubblico comparato, Dipartimento di Scienze Umane e Sociali, UPM Uni-internazionale, Milano.

¹ L'importanza dei principi generali per comprendere, addirittura, le stesse Istituzioni amministrative è stata sostenuta, ben prima dell'unificazione italiana, nell'opera di G. D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le Istituzioni*, Prato, 1835.

² Per una accurata analisi storica dell'amministrazione pubblica italiana e delle sue vicende, dal processo di unificazione alla nascita di quella che è stata comunemente definita "Seconda Repubblica", il richiamo non può che essere al puntuale studio di G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861 – 1993)*, Bologna, 1996.

³ Cfr. C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954; M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.

⁴ Sul punto, v. R. MONACO, *Lineamenti di diritto pubblico europeo*, Milano, 1975. Per l'incidenza dei principi dell'ordinamento comunitario (oggi, più correttamente, eurounitario) sull'interpretazione delle norme di diritto amministrativo dei singoli Stati membri della UE, v. per tutti J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, 1992; nonché M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008; C. FRANCHINI, G. DELLA CANANEA, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010.

P.A. in senso favorevole alle istanze dei cittadini⁵; cittadini che, sempre più, da “amministrati” tendono a divenire “utenti” dell’amministrazione pubblica, latamente considerata, in ragione delle prestazioni di beni e servizi dalla stessa forniti⁶.

2. Il principio di legalità

Il principio di legalità è senz’altro il primo ed il più importante dei principi generali del diritto posti a presidio della legittimità dell’azione amministrativa, dal momento che esso impone che il potere pubblico riconosciuto alla P.A. per l’esercizio della funzione di cui è attributaria abbia una copertura legislativa e, soprattutto, sia esercitato in modo conforme alle prescrizioni di legge⁷.

Individuare però la norma costituzionale che dovrebbe costituire il fondamento di tale principio è alquanto arduo⁸.

Prendendo dunque le mosse dall’esistenza di un principio di legalità in posizione distinta ed autonoma dalle varie tipologie di riserva di legge previste dalla Carta fondamentale dello Stato (quali ad esempio gli artt. 13, 25, 41, 43, Cost.), ben possono essere elaborate in una prospettiva ricostruttiva tre differenti letture.

Secondo un primo orientamento, potrebbe ritenersi che il fondamento del principio di legalità sia rappresentato dall’art. 23 Cost., il quale indicherebbe palesemente la necessità di un fondamento legislativo per tutte le manifestazioni provvedimentali di tipo autoritativo che incidono con effetti reali sul patrimonio dei privati, limitandone la sfera della libertà giuridico-economica.

Tale tesi non pare però condivisibile, poiché, a volervi accedere, il principio di legalità resterebbe estraneo - salve alcune eccezioni - sia ai provvedimenti di tipo non ablativo, che all’attività negoziale della P.A.

Altro orientamento, invece, potrebbe indurre a ritenere che il principio in discorso trovi fondamento costituzionale nel combinato disposto degli artt. 101, 28 e 103, individuando in essi la prevalenza della legge nei confronti delle manifestazioni del potere pubblico come espressione di un criterio generale di garanzia.

Conseguentemente, dall’art. 101, co. 2, Cost. discende che l’eventuale contrasto tra la legge e la decisione adottata dalla P.A. debba essere composto facendo sempre prevalere la prima, alla quale la P.A. medesima così come il giudice risultano esclusivamente essere sottomessi.

⁵ G. SGUEO, *I principi generali dell’azione amministrativa nell’ordinamento nazionale e in quello comunitario*, in *www.diritto.it*. Cfr. pure A. MASSERA, *I principi generali dell’azione amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale del diritto amministrativo*, Torino, 2006.

⁶ *In terminis*, v. la posizione di F. CASTIELLO, *Il nuovo modello di amministrazione*, Rimini, 2002.

⁷ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1984.

⁸ Cfr. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2002. Per la letteratura specifica in tema di principio di legalità, v. *ex multis*, L. CARLASSARE, *Regolamenti dell’esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969; S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1973, 659 ss.; R. GUASTINI, voce *Legalità (principio di)*, in *Digesto disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, 84 ss.

Più persuasiva, però, riteniamo sia l'opinione della dottrina maggioritaria, seguita univocamente dalla consolidata giurisprudenza, che fa leva sul dettato dell'art. 97 Cost., ove, giusta la modifica di cui alla legge cost. 20 aprile 2012 n. 1, si stabilisce che: *“Le pubbliche amministrazioni in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”*.

Le riferite parole della Carta costituzionale rappresentano una diretta enunciazione - non solo programmatica, bensì di tipo precettivo - dei tre principi fondamentali in forza dei quali la P.A. può legittimamente operare nel nostro ordinamento: legalità, buon andamento ed imparzialità.

Ciò in quanto una lettura “aperta” del disposto costituzionale di cui al citato art. 97 pare autorizzare l'interprete a ritenere che la nozione di “*pubblici uffici*” inerisca tanto all'articolazione strutturale, quanto agli atti ed alle attività (nel loro complesso) riferibili alla P.A.

In tal senso, il principio di legalità viene fatto discendere dall'affermazione, contenuta proprio nel testo dell'art. 97 Cost., che l'attività amministrativa deve essere disciplinata “*secondo disposizioni di legge*”.

A prima vista, dunque, il principio di legalità nell'esercizio del potere amministrativo si identifica nella “non contrarietà” dell'atto della P.A. alla legge, posto che quest'ultima assurge ad un grado di efficacia gerarchicamente superiore⁹.

Siffatta posizione di preferenza della legge nei confronti dell'atto amministrativo indica una scelta di prevalenza costituzionale del principio di sovranità popolare (art. 1 Cost.) all'interno della nozione stessa di Stato sociale di diritto; un principio che considera la legge come una manifestazione di volontà dello Stato sempre riconducibile - anche se indirettamente - al popolo in quanto titolare esclusivo della sovranità.

In altri e più chiari termini, il principio di legalità, ove ricondotto nell'ambito della separazione dei poteri (concetto, questo, che costituisce un vero e proprio caposaldo dello Stato di diritto moderno), sottopone l'azione della P.A. oltre che alla Costituzione, anche alle leggi, che, in un sistema di tipo parlamentare, costituiscono l'espressione più rappresentativa della volontà del popolo.

Approfondendo l'indagine ermeneutica, sotto il profilo specifico del diritto costituzionale e del diritto amministrativo, la dottrina ha messo in rilievo come l'ampiezza concettuale del principio di legalità investa tanto il profilo formale, quanto quello sostanziale¹⁰.

⁹ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, cit., 583. Cfr. anche R. GUASTINI, voce *Legalità (principio di)*, cit., 85-87.

¹⁰ L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, cit., 113 ss.; S. FOIS, voce *Legalità*, cit., 666.

Quanto al profilo formale, si è evidenziato come il suddetto principio, laddove sia messo in diretta relazione con l'attività amministrativa, acquisti un'accezione più ampia e così riassumibile: l'esercizio del potere da parte della P.A. è legittimo non semplicemente ogni qualvolta l'atto amministrativo che ne è espressione sia "non contrario" alla legge, ma soltanto qualora esso "affondi le sue radici nella legge".

Conseguentemente, può anche dirsi che gli atti amministrativi risultano condizionati all'esistenza stessa della legge, in considerazione del fatto che è proprio quest'ultima ad attribuire alla P.A. il potere di cui essi sono manifestazione e, dunque, a costituirne il fondamento di legalità.

Relativamente al profilo sostanziale, invece, seppure con accenti diversi, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza costituzionale¹¹ ritengono che il principio di legalità postuli una necessaria prefigurazione legislativa - esplicita o anche per modi impliciti - di quegli interessi da conseguire, poi, in fase applicativa e/o integrativa, tramite l'azione amministrativa.

D'altronde, merita evidenziare che, qualora non vi fosse traccia di alcuna cornice legislativa all'interno della quale collocare le manifestazioni del potere amministrativo, verrebbe a mancare quel parametro fondamentale per l'esercizio di un sindacato giurisdizionale sulla attività di gestione del potere da parte della P.A., che costituisce una garanzia primaria in uno Stato sociale di diritto, come è quello delineato dalla Costituzione italiana.

Per quanto concerne, allora, l'esercizio del potere amministrativo, il principio di legalità (formale e sostanziale) viene ad assumere una vera e propria funzione tutoria generale delle posizioni giuridiche collettive e individuali che rilevano nel nostro ordinamento giuridico.

Dal principio di legalità – che postula come, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, non possa essere riconosciuta alla P.A. alcuna posizione di potere, privilegio o, comunque, di favore - derivano infatti una serie di conseguenze volte a rendere concreta l'indicata funzione tutoria: quali, ad esempio, la tipicità e la nominatività degli atti e dei provvedimenti amministrativi¹²; l'esecutorietà degli stessi solo nei casi previsti dalla legge; l'eccezionalità degli atti amministrativi destinati a formare certezza legale privilegiata.

3. *Il principio del buon andamento*

Diversamente dal concetto di base legale dell'organizzazione amministrativa, che ha una storia nel diritto pubblico, il concetto di buon andamento, di per sé scarsamente determinato, si è sviluppato negli ultimi decenni, seguendo due direttive. La prima, tradizionale, ancorata ai principi del diritto amministrativo,

¹¹ Cfr. *ex multis* Corte cost., 24 giugno 1961 n. 35; 16 febbraio 1963 n. 12 e 29 luglio 1982 n. 150.

¹² Da intendersi, la prima, come la capacità della P.A. di emanare solo atti disciplinati nel contenuto, nei presupposti e nell'oggetto dalla legge, laddove la seconda concerne l'idoneità di ogni provvedimento amministrativo di soddisfare un particolare interesse pubblico. Cfr. *ex multis*, V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962.

ha dato luogo ad una concezione di tipo formale, in cui prevale il dato giuridico e il rapporto di complementarietà con il principio di legalità.

La seconda, più recente, ancorata ai principi di scienza dell'amministrazione, ha dato luogo ad una concezione di tipo sostanziale, in cui prevale il dato economico e l'eterogeneità con il principio di legalità.

Al principio di *buon andamento* dell'amministrazione – considerato dalla più accorta dottrina e dalla stessa giurisprudenza costituzionale come un vero e proprio cardine della vita amministrativa e finanche condizione essenziale dello svolgimento ordinato della vita sociale – è stato riconosciuto il valore di parametro di legittimità delle scelte discrezionali effettuate dal legislatore nella organizzazione degli apparati e dell'attività amministrativa.

Si tratta, tuttavia, di un parametro abbastanza latente, e raramente impiegato con successo nello scrutinio di costituzionalità delle leggi, per due ragioni. Da un lato, per la sua elasticità, la verifica di rispondenza al buon andamento si risolve in controllo della non arbitrarietà e non (manifesta) irragionevolezza delle leggi rispetto al fine stabilito dall'art. 97 Cost., così perdendo specificità e assimilandosi al giudizio di ragionevolezza; dall'altro, lo stretto collegamento del buon andamento con gli altri principi posti dall'art. 97 Cost. fa sì che la violazione dell'uno finisca sovente (anche se non necessariamente) per concorrere e confondersi con la violazione degli altri.

La valenza specifica del buon andamento quale parametro di costituzionalità emerge, tuttavia, nella formulazione di canoni di valutazione non genericamente riducibili alla ragionevolezza. Tali, ad esempio, sono la necessità di valutare l'impatto delle scelte legislative sul buon andamento della P.A. complessivamente intesa, e non rispetto a singole componenti di essa, isolatamente considerate; l'esclusione di valutazioni sulla qualità del rendimento del lavoro astrattamente imputabile a particolari categorie di dipendenti; la non configurabilità dell'esigenza di non demotivare il pubblico dipendente come limite alle scelte organizzative del legislatore; l'inidoneità a giustificare un sindacato finalizzato al conseguimento di miglioramenti di trattamento retributivo; la non inerenza alla tutela delle posizioni acquisite.

Al limitato peso parametrico specifico del principio di buon andamento fa da contraltare un ambito di applicazione quanto mai vasto, dal quale rimangono esclusi solo il procedimento legislativo e l'esercizio della funzione giurisdizionale.

Per il resto, non vi è settore di attività pubblica che resti immune alle esigenze del buon andamento.

La sua operatività si estende all'intero funzionamento della Pubblica Amministrazione, dalla fase di creazione ed organizzazione dell'apparato, a quella di disciplina dei poteri amministrativi e dei relativi procedimenti, tanto più che ineludibile è il collegamento tra organizzazione e diritti.

Il principio del buon andamento applicato all'attività amministrativa si concreta, dunque, nell'obbligo della P.A., nell'esercizio dei poteri di cui è titolare, di uniformarsi ai parametri di economicità, efficienza, efficacia, celerità, affinché l'interesse pubblico sia realizzato, con la consentita sollecitudine, attraverso la

scelta delle modalità e dei tempi ritenuti più idonei e col minor sacrificio degli interessi particolari dei privati destinatari dell'azione amministrativa¹³.

Il settore forse di maggiore applicazione del principio *de quo* è quello del pubblico impiego, anche dopo la privatizzazione, poiché le esigenze ad esso sottese sono collegate alla natura pubblica della struttura e dei compiti svolti dal pubblico dipendente, non al regime giuridico del rapporto di servizio.

Sul piano dei significati, il principio di buon andamento è stato, di volta in volta, identificato con la predisposizione di strutture e moduli di organizzazione volti ad assicurare un'ottimale funzionalità; o rappresentato come obiettivo di tempestività e efficienza o come esigenza generale di efficienza dell'azione amministrativa; o definito "principio di efficienza"; o inteso come economicità di gestione e contenimento dei costi dei servizi pubblici¹⁴.

In base a tale principio l'attività amministrativa deve esplicarsi con prontezza, semplicità, economicità di mezzi, nell'osservanza di quelle regole non propriamente giuridiche (generalmente di natura tecnica) che indicano il modo più idoneo per operare.

Ciò nondimeno, la giurisprudenza non offre un compiuto catalogo di contenuti specifici riconducibili al buon andamento, ma solo indicazioni parziali, da cui possono comunque desumersi regole esplicative e corollari. Tali sono, ad esempio, la necessaria connessione tra razionalizzazione organizzativa della P.A., esigenze finanziarie di contenimento, piante organiche e verifica dei carichi di lavoro, la razionale organizzazione e il corretto funzionamento degli uffici, la regolarità e continuità dell'azione amministrativa e dei pubblici servizi al mutare degli assetti politici, le periodiche verifiche sulle prestazioni dei dirigenti, la possibilità di imporre sacrifici al personale, il controllo sulla gestione per la valutazione di economicità/efficienza dell'attività amministrativa.

Un sicuro e fecondo collegamento è istituito dalla giurisprudenza tra il principio di buon andamento e i criteri di reclutamento del personale nelle amministrazioni, configurandosi il primo come l'obiettivo a cui la regola del concorso è strumentale, e, al tempo stesso, come la misura entro cui – in presenza di situazioni particolari o eccezionali – il legislatore (statale o regionale) ha la possibilità di derogare alla regola stessa, sostituendo al concorso pubblico la previsione di altri idonei meccanismi o criteri di selezione. In tale campo, il buon andamento si traduce nell'esigenza che le amministrazioni dispongano, soprattutto nelle posizioni direttive, di personale idoneo per preparazione e cultura.

In connubio con il principio di imparzialità, il buon andamento rappresenta altresì il fondamento del principio di separazione tra politica e amministrazione e della procedimentalizzazione dell'azione amministrativa.

¹³ Cfr. O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, 1975; P. CALANDRA, voce *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1988.

¹⁴ Sul punto, v. P. CALANDRA, voce *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, cit.; nonché, se si vuole, D. CROCCO, *Profili giuridici del controllo di efficienza amministrativa*, Napoli, 2012, partic. 14-22.

Un panorama frantumato e, certamente, in evoluzione, in cui però si coglie, al di là delle affermazioni di carattere generale, una netta preminenza del settore organizzativo.

Peraltro, le considerazioni effettuate rilevano che il principio di buon andamento può essere considerato funzionale al perseguimento dell'interesse primario della P.A. – interesse pubblico generale (della collettività), da un lato, ed interesse specifico (del caso concreto), dall'altro – laddove viene ad incidere profondamente la sfera dell'azione amministrativa sotto il duplice profilo della legittimità *lato sensu* e dell'opportunità delle scelte amministrative adottate.

Al riguardo, è stato rilevato che se l'esercizio del potere amministrativo (tramite strumenti di natura pubblicistica o privatistica non importa) è funzionalizzato al perseguimento di obiettivi predeterminati che, tuttavia, vanno necessariamente conseguiti mediante l'utilizzo dei parametri tipici di efficacia, efficienza ed economicità, nonché secondo i classici principi di imparzialità, buon andamento e trasparenza, anche le c.d. scelte che una volta potevano essere considerate attinenti al c.d. "merito amministrativo", attualmente possono (e devono) essere valutate secondo quei criteri di logicità, congruità e proporzionalità che regolano ed orientano il sindacato giurisdizionale sul c.d. potere discrezionale.

In tale prospettiva, il valore giuridico e parametrico di criterio generale di legittimità, assunto dal buon andamento, implica che possa configurarsi un vizio di legittimità non solo qualora vi sia una violazione delle specifiche regole legislativamente stabilite a sua garanzia – cosa che, tecnicamente, darebbe luogo ad un vizio di violazione di legge - ma anche in tutte quelle altre ipotesi in cui sia riscontrabile un vizio di eccesso di potere, ovvero una violazione delle regole e dei principi deontologici che presiedono all'esercizio discrezionale del potere amministrativo.

Peraltro, consentendo di controllare integralmente l'*iter* logico seguito nelle manifestazioni della funzione amministrativa, l'impostazione indicata rileva anche la ragionevolezza quale ulteriore corollario del più generale principio di buon andamento.

Così il sindacato sull'eccesso di potere nelle scelte amministrative, ove venga posto sotto il medesimo profilo della ragionevolezza, non può non intendersi nel senso di una valutazione circa la coerenza e la congruità della ponderazione degli interessi coinvolti nell'azione della P.A.

4. Il principio di imparzialità

Il principio di *imparzialità* – anch'esso sancito dal richiamato art. 97 della Costituzione – stabilisce invece che la P.A., nel perseguire l'interesse pubblico, deve svolgere la propria attività in modo imparziale, ovvero operando in una posizione di equidistanza rispetto a tutti gli interessi coinvolti¹⁵.

Il termine *imparzialità* si deve intendere sia come comportamento negativo, ovvero divieto di qualsiasi forma di favoritismo o discriminazione degli interessi

¹⁵ Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1973; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979.

coinvolti nell'azione amministrativa, sia come comportamento positivo, inteso come corretta valutazione e contemperamento degli interessi pubblici o privati sui quali l'attività della P.A. incide.

Tale principio, oltre che dall'art. 97, comma 2, viene richiamato anche da altre disposizioni costituzionali: la selezione dei pubblici dipendenti mediante concorso pubblico, ai sensi dell'art. 97 Cost., finalizzata ad ottenere una burocrazia imparziale e non politicizzata; l'art. 98 Cost., il quale prevede che “*gli impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione*”, ponendo come principale obiettivo dei pubblici dipendenti l'obbligo di servire il Paese; la parità tra uomo e donna nell'accesso agli uffici pubblici, sancito dall'art. 51, comma 1, Cost.

Il principio di imparzialità – prima richiamato unicamente nell'art. 97 Cost. – è stato poi introdotto espressamente come criterio direttivo dell'azione amministrativa dalla legge n. 69/2009, che ha modificato la legge n. 241/1990, recante la disciplina generale del procedimento amministrativo.

Anche il principio di imparzialità è testualmente riferito all'organizzazione dei pubblici uffici: l'art. 97 Cost., stabilisce, infatti, che “*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*”.

Ciò nondimeno, la dottrina¹⁶ lo ritiene pacificamente destinato a condizionare anche l'attività amministrativa.

Il principio impone all'amministrazione, in negativo, un'equidistanza rispetto ai soggetti, pubblici o privati, che con essa vengano in contatto ed, in positivo, l'obbligo di prendere in considerazione tutti gli interessi coinvolti nella singola vicenda¹⁷.

Eppertanto, è proprio dal rispetto del principio di imparzialità che scaturisce il potere-dovere della P.A. di individuare e valutare tutti gli interessi coinvolti nel caso concreto, di modo che la decisione adottata sia il risultato finale di una esatta e puntuale rappresentazione e ponderazione di tali interessi¹⁸.

In tale ultima prospettiva, è imposto tendenzialmente all'Amministrazione (in ossequio al c.d. principio del giusto procedimento) di: assicurare il contraddittorio con i soggetti portatori di interessi coinvolti dal provvedimento che si intende adottare (per esempio, il proprietario del bene che si vuole espropriare); motivare adeguatamente la decisione amministrativa, dando conto in motivazione degli interessi rappresentati nel corso del procedimento dai soggetti in qualche modo coinvolti.

Dal concetto di imparzialità va invece distinto quello di neutralità, che indica l'indifferenza di un organo o di un'autorità rispetto agli interessi che è chiamato a regolare e comporre.

La Pubblica Amministrazione non è normalmente indifferente, essendo chiamata a perseguire gli interessi pubblici che la legge affida alle sue cure¹⁹: nel

¹⁶ A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino, 2018.

¹⁷ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit.

¹⁸ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit.

¹⁹ Per esempio, quello di realizzare l'ordinato sviluppo del territorio comunale anche espropriando per ragioni di interesse pubblico i terreni di alcuni privati cittadini.

farlo, tuttavia, deve comparare gli interessi pubblici che è tenuta a perseguire con gli altri interessi coinvolti (e se del caso sacrificati) e poi scegliere, dando adeguatamente conto di tale comparazione nella motivazione del provvedimento che adotta.

La posizione di neutralità è, invece, tipica del giudice, terzo rispetto alle parti della lite, non portatore di un suo interesse²⁰.

5. I principi di ragionevolezza e del contraddittorio

Strettamente connesso a quello di imparzialità, il principio di *ragionevolezza* impone alla P.A. di seguire un canone di razionalità operativa nello svolgimento della propria azione, evitando decisioni arbitrarie e irrazionali. La ragionevolezza impone in particolare: la corrispondenza dell'azione amministrativa ai fini indicati dalla legge; la coerenza tra decisione adottata e presupposti di fatto accertati nel procedimento; la logicità delle decisioni e la proporzionalità dei mezzi rispetto ai fini.

Il principio di ragionevolezza, rappresenta, dunque, un criterio di azione della P.A., affinché la stessa risulti immune da censure sul piano della stretta razionalità delle decisioni adottate.

In tal senso, la ragionevolezza si concreta in un canone di razionalità, logica e adeguatezza, nel quale confluiscono, anche alla luce di quanto indicato dall'art. 97 Cost. e dalla l. n. 241/1990 i richiamati principi di buon andamento e imparzialità.

Il principio del *contraddittorio* è un criterio operativo di portata generale, che trova fondamento nell'art. 111 Cost. e si concreta nel diritto degli interessati, nell'ambito di qualunque procedimento amministrativo (art. 10-*bis*, art. 21-*bis* e art. 21-*ter*, l. n. 241/1990), di aver accesso alla documentazione, di conoscere le ragioni (motivazione) delle determinazioni adottate dalla P.A. e, soprattutto di poter, appunto, contraddire esponendo le proprie ragioni.

In tale prospettiva, il principio del contraddittorio si pone altresì quale espressione del diritto dei cittadini di partecipare (*ex* artt. 2 e 3, comma 2, Cost.) alle decisioni che li riguardano, esercitando in tal modo anche una forma di controllo sull'amministrazione pubblica e, per certi versi, rappresentando finanche una vera e propria modalità di "co-gestione" del potere amministrativo. La partecipazione, infatti, coinvolge i cittadini nel processo decisionale amministrativo, consentendo loro di contribuire attivamente alla definizione delle politiche pubbliche.

6. I principi di pubblicità e trasparenza

Accanto ai principi sin qui esaminati, la dottrina e soprattutto la giurisprudenza ne hanno individuato altri, per così dire più moderni: esaminiamoli partitamente.

²⁰ Cfr. ancora A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, cit.

I primi tra questi principi “novelli” che assumono sempre più rilevanza nell’attività della P.A. sono senz’altro quelli di pubblicità e trasparenza amministrativa.

I principi di *pubblicità e trasparenza* dell’azione amministrativa mirano a rendere conoscibile l’operato della pubblica amministrazione e, pertanto, si pongono alla base del rapporto tra P.A. e cittadino²¹.

Il principio di pubblicità, esplicitamente introdotto come istituto di diritto positivo dalla legge n. 241/1990, si sostanzia nell’obbligo dell’Amministrazione di rendere accessibili notizie e documenti amministrativi agli interessati mediante la pubblicazione degli stessi, garantendo che il proprio operato sia visibile e controllabile all’esterno. La pubblicazione dei provvedimenti, degli atti e dei documenti amministrativi consente infatti ai cittadini di esercitare un sostanziale controllo democratico sullo svolgimento delle attività amministrative e sulla conformità di queste alle norme²². Essa costituisce, ad un tempo, espressione tangibile del principio di pubblicità e uno strumento di concreta attuazione del principio di trasparenza.

Per vero, la trasparenza dell’azione amministrativa si sostanzia nell’immediata e facile controllabilità dello “svolgimento imparziale” dell’attività procedimentale della pubblica amministrazione, trovando la sua realizzazione principalmente attraverso l’accesso ai documenti amministrativi.

I principi di pubblicità e trasparenza trovano concreta applicazione in diversi istituti di diritto positivo che caratterizzano il procedimento amministrativo, fra cui l’obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo *ex* art. 3, della legge n. 241/1990²³; l’obbligo di comunicazione di avvio del procedimento amministrativo, *ex* artt. 7 e 8, della medesima legge n. 241/1990²⁴.

²¹ Cfr. R. VILLATA, *La trasparenza dell’azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 528 ss.; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa e democrazia*, in *Studi parlamentari e di diritto costituzionale*, 1992, n. 97-98, 25 ss.; R. CHIEPPA, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 1994, 613 ss.

²² Sul principio di pubblicità, v. per tutti A. MELONCELLI, voce *Pubblicità (Dir. pubblico)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 1027 ss.

²³ L’art. 3 della L. n. 241/1990 ha previsto, in via generale, che tutti gli atti amministrativi debbano indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche poste dalla P.A. procedente alla base delle proprie determinazioni. L’obbligo di motivazione resta invece espressamente escluso per tutti quegli atti di portata generale ed astratta come i regolamenti amministrativi. In ogni caso, si ritiene che la motivazione del provvedimento amministrativo debba essere contestuale all’adozione dello stesso, salvo quanto previsto dall’art. 10-*bis* della legge n. 241/1990 in tema di motivazione anticipata.

Alla luce di quanto disposto dal menzionato art. 3, deve dunque ritenersi invalido per violazione di legge quell’atto amministrativo che risulti sfornito di alcuna motivazione ovvero che non esprima compiutamente i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche poste a fondamento delle determinazioni con esso assunte dalla P.A. (ipotesi, questa, della c.d. “motivazione apparente”), ovvero che non indichi l’atto cui fa riferimento per la motivazione o che non lo renda comunque disponibile (ipotesi della c.d. “motivazione *per relationem*”).

²⁴ L’obbligo previsto dagli artt. 7 e 8, della legge n. 241/1990, secondo cui l’amministrazione pubblica deve comunicare l’avvio del procedimento amministrativo instaurato presso i propri Uffici, ha la finalità di consentire al privato di partecipare al detto procedimento rappresentando

6.1. *Il diritto di accesso quale espressione positiva del principio di trasparenza amministrativa*

Il diritto di accesso rappresenta l'espressione positiva del principio di trasparenza e, nel dettaglio, costituisce il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi (art. 20 e ss. della legge n. 241/1990).

L'accesso ai documenti amministrativi, poste le sue rilevanti finalità di tutela dell'interesse pubblico, costituisce principio generale dell'attività amministrativa, al fine di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza e di favorire la partecipazione di quei soggetti che possono, a vario titolo, essere incisi giuridicamente da tale forma di esercizio del pubblico potere²⁵.

Il legislatore, difatti, prevede che il diritto di accesso ha un oggetto molto ampio: non l'atto amministrativo, ma il documento amministrativo.

Il documento amministrativo rimanda, infatti, ad una nozione più ampia, essendo costituito da ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una Pubblica Amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale.

Ai fini dell'accesso, è necessario che il richiedente abbia un interesse qualificato, ovvero: diretto (i.e. a lui riferibile), concreto e attuale, nonché corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento del quale è chiesto l'accesso.

Accanto al diritto di accesso previsto dalla disciplina del procedimento amministrativo merita un cenno anche l'accesso civico, novellato dal d.lgs. n. 97/2016.

A ben vedere la normativa in questione ha previsto due differenti tipologie di accesso civico: si tratta infatti dell'accesso civico c.d. semplice (art 5, comma 1, d.lgs. n. 33/2013) e dell'accesso civico c.d. generalizzato.

Il primo consiste nel diritto di chiunque di chiedere alla P.A. di rendere pubblici documenti, dati o comunque informazioni nei casi in cui l'Amministrazione ne abbia omissa la pubblicazione.

Il secondo, invece, realizzando di fatto una forma di controllo diffuso sull'esercizio del potere amministrativo e, soprattutto sulla corretta gestione delle risorse pubbliche, stabilisce che chiunque ha diritto di accedere ai dati e documenti della P.A. anche se non resi pubblici, senza peraltro dover dimostrare di essere titolare di un interesse diretto alla loro conoscibilità.

Tale forma di accesso generalizzato incontra però un limite invalicabile nell'ipotesi di opposizione del segreto di Stato e negli altri casi di divieto di

le proprie ragioni ed esponendo circostanze utili a definire al meglio l'assetto degli interessi coinvolti.

²⁵ Cfr. ancora G. ARENA, *Trasparenza amministrativa e democrazia*, cit.

accesso o di divulgazione di informazioni previste dalla legge (es. sicurezza nazionale e ordine pubblico, difesa e relazioni internazionali, politica economica e stabilità finanziaria dello Stato; ecc.)²⁶. In materia di accesso civico generalizzato, la giurisprudenza amministrativa ha recentemente avuto modo di precisare²⁷ che dinanzi ad una richiesta di accesso generalizzato la P.A. è tenuta a svolgere comunque una attività valutativa con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico ad una conoscibilità generalizzata e la tutela di altrettanti validi interessi presi in considerazione dall'ordinamento giuridico.

7. *Gli altri principi*

Il principio di *sussidiarietà*, previsto dall'art. 118 Cost., siccome introdotto dalla l. cost. n. 3/2001, attiene alla modulazione dei rapporti tra i diversi livelli di governo e stabilisce che l'allocazione delle attribuzioni in campo amministrativo debba avvenire, in linea generale, presso le amministrazioni territoriali più vicine ai cittadini (utenti) e che solo esigenze di carattere unitario possono legittimare il loro radicamento in capo ad autorità territorialmente superiori (sussidiarietà verticale).

Lo stesso art 118, al comma 2, consente poi una allocazione delle funzioni amministrative, in modo che i bisogni pubblici siano soddisfatti dagli stessi cittadini, finanche in forma associata e/o volontaristica (sussidiarietà orizzontale), venendosi a realizzare così una forma di cooperazione tra il cittadino, sia come singolo che attraverso corpi intermedi, e le amministrazioni pubbliche, nel definire gli interventi più efficaci sotto il profilo della prossimità sociale²⁸.

Il principio di *leale collaborazione* che ha acquistato rango costituzionale con la legge cost. n. 3/2001, riguarda le relazioni organizzative fra le varie amministrazioni pubbliche. Richiamato, infatti, espressamente dall'art. 120 Cost., tale principio impone ai diversi livelli di governo di cooperare tra loro, improntando così i rapporti tra i vari enti alla massima correttezza ed al continuo scambio di informazioni. Si tratta peraltro di un principio fondamentale del diritto dell'Unione europea, sancito dall'articolo 4 TUE.

Vi è poi, il principio di *correttezza* dell'azione amministrativa che trova fondamento nella nozione di buona fede come regola di condotta dell'azione amministrativa.

La P.A. infatti nello svolgimento dell'attività autoritativa non è soggetta solo alle norme di diritto pubblico, ma anche alle norme generali di diritto civile (artt. 1189, co. 1, 1337 e 1366 cod. civ.).

²⁶ Cfr. F. ROCCO, *Note in tema di segreto di Stato e di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. soc.*, 1992, 179 ss.

²⁷ Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 990/2022.

²⁸ Sul principio di sussidiarietà e le sue possibili declinazioni, v. per tutti E. BONELLI, *Le autonomie territoriali nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in C. AMIRANTE (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2011, partic. 466 ss.

Secondo la giurisprudenza, tale principio costituisce uno dei canoni di valutazione della colpevolezza dell'Amministrazione, di talché viene riconosciuta la responsabilità della P.A. e, conseguentemente, il diritto al risarcimento del danno così provocato al privato, nei soli casi in cui l'azione amministrativa abbia disatteso, in maniera macroscopica ed evidente, il criterio di correttezza e buona fede, oltre che dell'imparzialità, restando ogni altra violazione assorbita nell'ambito della lata nozione di errore scusabile²⁹.

Si segnala, infine, che il principio di correttezza è considerato, nella materia dei contratti pubblici, un vero e proprio criterio di condotta nelle procedure di gara ad evidenza pubblica, la cui osservazione rende la P.A. esente da responsabilità³⁰.

Ancora, il principio dell'*affidamento*, che peraltro attraversa trasversalmente ogni settore del diritto, dal pubblico al civile, consiste in estrema sintesi nella fiducia che un soggetto ripone nella correttezza altrui.

Nel diritto pubblico, in generale, e nel diritto amministrativo, in particolare, tale principio rappresenta un vero e proprio limite alla discrezionalità amministrativa³¹.

Si pensi ad esempio, nell'ipotesi di annullamento d'ufficio di un provvedimento amministrativo (art. 21-*nonies*, l. 241/1990), all'obbligo che incombe sulla P.A. nell'esercizio del potere di autotutela, di bilanciare i vari interessi contrapposti che vengono in gioco; tra i quali non può non avere rilievo il legittimo affidamento che il privato ha fatto in ordine alla stabilità di un provvedimento adottato dalla P.A.

La dottrina rinviene nell'art. 97 Cost. il fondamento del principio in discorso dal momento che il principio del buon andamento enunciato da tale momento costituzionale non richiede solo l'economicità, l'efficienza e la celerità dell'azione amministrativa, ma anche l'instaurazione di un vero e proprio rapporto di fiducia e reciproca lealtà tra Pubblica Amministrazione e cittadini.

In altri termini il buon andamento postula, in quanto principio ordinamentale di carattere generale, non solo lo svolgimento dell'attività istituzionale della P.A. ma anche le relazioni di quest'ultima con gli amministrati cui consegue necessariamente il rispetto della fiducia dei cittadini e, per contro, la lealtà di comportamento nell'azione amministrativa.

Infine, viene in rilievo il principio di *pienezza ed effettività della tutela*, espressione degli arresti giurisprudenziali della Corte costituzionale³², con particolare riferimento all'art. 24 Cost., che ha ormai da tempo riconosciuto sia ai diritti soggettivi, sia agli interessi legittimi, piena tutela giurisdizionale.

Oltre al citato art. 24, tale principio rinviene il proprio fondamento negli art. 103 e 113 Cost. e nell'art. 1 d.lgs. n. 104/ 2010 (codice del processo

²⁹ *In terminis*, v. TAR Sicilia-Palermo, sent. n. 1907/2019.

³⁰ TAR Abruzzo-Pescara, sent. n. 214/2019.

³¹ Cfr. per tutti, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001; nonché per gli aspetti dell'integrazione del diritto eurounitario, L. VAGNI, *La regola dell'affidamento nel diritto comune europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 2, 2013.

³² Corte cost., sent. n. 204/2004.

amministrativo) nonché in ambito specificamente sovranazionale negli artt. 19 TUE, 263 TFUE e 6 CEDU.

Orbene, appuntando l'attenzione esclusivamente sulle norme nazionali, ne consegue che le disposizioni costituzionali di cui all'art. 24, co. 1, che opera un riconoscimento generale del diritto inviolabile di ciascun individuo di poter agire in giudizio a tutela delle posizioni giuridiche soggettive di cui ha la titolarità, e all'art. 113, co. 1, secondo cui qualsiasi atto della P.A. che sia lesivo di diritti e interessi legittimi è sempre sottoponibile al sindacato giurisdizionale sempre sottoponibile al sindacato giurisdizionale degli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa, nonché quella dell'art. 1 del d.lgs n. 104/2010 (che recita testualmente “*la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*”), nel sancire l'operatività del principio in discorso affermano che l'ordinamento italiano, in applicazione dei principi costituzionali e del diritto eurounitario, si obbliga a predisporre strumenti di tutela processuale idonei ad assicurare agli interessati una protezione pienamente soddisfacente delle posizioni giuridiche soggettive (diritto soggettivo e/o interesse legittimo) lese dalla P.A. nell'esercizio del potere amministrativo³³.

8. Conclusioni

In un contesto in cui la *governance* pubblica si presenta sempre più complessa ed interconnessa, principi come la legalità, il buon andamento, l'imparzialità, la trasparenza e la partecipazione – solo per citarne alcuni – continuano a mantenere la loro peculiare rilevanza, nonostante le crescenti esigenze di efficienza e di ottimizzazione delle risorse pubbliche disponibili (in primo luogo, ovviamente, quelle di tipo economico-finanziario).

La legalità implica che la P.A. eserciti il potere di cui è titolare nel pieno rispetto delle leggi e dei regolamenti. Il buon andamento, che si articola nei concetti di matrice propriamente tecnico-aziendalistica di efficacia e di efficienza, prevede che l'amministrazione, intesa come cura concreta dell'interesse pubblico, debba perseguire una “sana gestione” nella fornitura di servizi pubblici: cioè l'efficacia nell'ottenimento dei risultati e l'efficienza nell'utilizzo delle risorse pubbliche, garantendo un servizio di qualità alla collettività. L'imparzialità, invece, richiede che le decisioni amministrative siano prese in modo da evitare illegittime discriminazioni e/o favoritismi, basando le proprie determinazioni su criteri sostanzialmente oggettivi e comunque in seguito ad una attenta valutazione degli interessi coinvolti. La trasparenza postula che l'azione amministrativa si espliciti sempre in modo aperto e trasparente, fornendo informazioni accessibili ai cittadini e consentendo loro di partecipare alle decisioni che li riguardano. La partecipazione, infine, favorisce lo sviluppo della democrazia e consente, attraverso il consenso sociale che esprime, una piena legittimità delle decisioni assunte dalla P.A.

³³ Cfr. E. BONELLI, *La pubblica amministrazione e la tutela delle posizioni soggettive*, in C. AMIRANTE (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2011, 383 ss., partic. 422 ss.

Adattare allora i principi *de quibus* all'attuale contesto significa, in buona sostanza, bilanciare le istanze generalizzate di efficienza amministrativa e ottimizzazione delle risorse con l'obiettivo di garantire una gestione del potere amministrativo che si presenti, quanto più possibile, imparziale, trasparente ed equa.

L'ottimizzazione delle risorse può essere conseguita tramite l'adozione di processi decisionali basati su evidenze ed analisi costi-benefici, l'utilizzo di tecnologie innovative (come, ad esempio, il digitale e, da ultimo, l'Intelligenza Artificiale) per migliorare l'efficienza operativa della P.A., nel cui ambito diviene sempre più necessaria la promozione di una vera e propria cultura organizzativa sempre più orientata all'acquisizione di tecniche che risultano appannaggio delle scienze economico-aziendalistiche (il riferimento è al fenomeno del c.d. *public management*)³⁴.

Ciò nondimeno appare viepiù importante sottolineare che, pur essendo perseguito l'obiettivo di fornire servizi pubblici di qualità in modo tempestivo ed efficiente, non devono mai essere compromessi quei principi che garantiscono il corretto funzionamento dell'apparato statale, la tutela dei diritti dei cittadini, l'accesso equo ai servizi forniti dalla P.A. e la prevenzione della corruzione; in una parola, la stessa legittimazione sociale del pubblico potere e delle Istituzioni che ne sono titolari ai fini del suo concreto esercizio.

Conclusivamente, si deve ritenere che l'applicazione dei principi delineati, seppur sommariamente, nelle pagine che precedono, può non solo contribuire alla realizzazione di una amministrazione pubblica più efficiente, poiché garantisce essenzialmente una gestione del potere amministrativo trasparente e responsabile, ma anche ridimensionare il fenomeno della corruzione amministrativa (che è una delle cause principali dell'inefficienza del settore pubblico)³⁵, favorendo la fiducia dei cittadini nello Stato e implementando così quel processo di sviluppo consapevole della democrazia di cui il nostro paese ha certamente bisogno.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1973; ANDREANI A., *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979; ARENA G., *Trasparenza amministrativa e democrazia*, in *Studi parlamentari e di diritto costituzionale*, 1992, n. 97-98, 25 ss.; BONELLI E., *La pubblica amministrazione e la*

³⁴ Sul tema v. *amplius* D. CROCCO, *Profili giuridici del controllo di efficienza*, cit., 27-28.

³⁵ Sul fenomeno della corruzione amministrativa e sulla sua incidenza sulle Istituzioni, v. almeno M. D'ALBERTI, R. FINOCCHI (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994; F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione, rimedi*, Firenze, 2010. Sulla connessione funzionale tra corruzione ed inefficienza della P.A. sia invece consentito il richiamo a D. CROCCO, *Appunti in tema di corruzione ed inefficienza amministrativa tra "diritto pubblico economico" e diritto penale*, in AA. VV., *Corruzione e inefficienza della Pubblica Amministrazione*, Ist. Dir. Econ. – Quaderni di scienze sociali, Napoli, 2017, 3 ss.

tutela delle posizioni soggettive, in AMIRANTE C. (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2011, 383 ss., partic. 422 ss.; BONELLI E., *Le autonomie territoriali nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in AMIRANTE C. (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2011, partic. 466 ss.; CALANDRA P., voce *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1988; CARLASSARE L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2002; CASTIELLO F., *Il nuovo modello di amministrazione*, Rimini, 2002; CHIEPPA R., *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 1994, 613 ss.; CHITI M. P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008; CRISAFULLI V., *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962; CROCCO D., *Appunti in tema di corruzione ed inefficienza amministrativa tra "diritto pubblico economico" e diritto penale*, in AA. VV., *Corruzione e inefficienza della Pubblica Amministrazione*, Ist. Dir. Econ. – Quaderni di scienze sociali, Napoli, 2017, 3 ss.; CROCCO D., *Profili giuridici del controllo di efficienza amministrativa*, Napoli, 2012; D'ALBERTI M., FINOCCHI R. (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994; ESPOSITO C., *La Costituzione italiana*, Padova, 1954; FOIS S., voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1973, 659 ss.; FRANCHINI C., DELLA CANANEA G., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010; GIANNINI M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981; GUASTINI R., voce *Legalità (principio di)*, in *Digesto disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, 84 ss.; MARRA A., *L'amministrazione imparziale*, Torino, 2018; MASSERA A., *I principi generali dell'azione amministrativa*, in CERULLI IRELLI V. (a cura di), *La disciplina generale del diritto amministrativo*, Torino, 2006; MELIS G., *Storia dell'amministrazione italiana (1861 – 1993)*, Bologna, 1996; MELONCELLI A., voce *Pubblicità (Dir. pubblico)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 1027 ss.; MERLONI F., VANDELLI L. (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione, rimedi*, Firenze, 2010; MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all' "alternanza"*, Milano, 2001; MONACO R., *Lineamenti di diritto pubblico europeo*, Milano, 1975; ROCCO F., *Note in tema di segreto di Stato e di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. soc.*, 1992, 179 ss.; ROMAGNOSI G. D., *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le Istituzioni*, Prato, 1835; SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1984; SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969; SCHWARZE J., *European Administrative Law*, London, 1992; SEPE O., *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, 1975; SGUEO G., *I principi generali dell'azione amministrativa nell'ordinamento nazionale e in quello comunitario*, in *www.diritto.it*; VAGNI L., *La regola dell'affidamento nel diritto comune europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 2, 2013; VILLATA R., *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 528 ss.

ABSTRACT

Il presente lavoro si propone di delineare, seppure sommariamente, data la forma di meri "Appunti", i principi che regolano l'azione e l'organizzazione della

P.A. e svolgono un ruolo fondamentale non solo nell'attività dei pubblici poteri, ma anche nell'interazione tra cittadini e amministrazione pubblica.

L'attualità di questi principi è evidente nel contesto odierno, in cui l'amministrazione pubblica è chiamata a svolgere un ruolo fondamentale nella gestione non solo del potere amministrativo, ma anche delle sempre più complesse ed articolate sfide sociali ed economiche che deve affrontare.

La corretta applicazione di tali principi consente di salvaguardare l'interesse generale, promuovere la fiducia dei cittadini nelle Istituzioni pubbliche (e, in modo particolare, nella P.A.) e, soprattutto favorire lo sviluppo democratico del Paese.

The purpose of this paper is to outline, albeit briefly, given the form of "Notes," the principles that govern the action and organization of the P.A. and play a fundamental role not only in the activity of public powers, but also in the interaction between citizens and the public administration itself.

The relevance of these principles is evident in today's context, in which public administration is called upon to play a fundamental role in the management not only of administrative power, but also of the increasingly complex and articulated social and economic challenges it faces.

The proper application of these principles makes it possible to safeguard the general interest, promote public trust in public institutions (and, in particular, in the P.A.) and, above all, foster the democratic development of the country.

RAFFAELLO CAPUNZO*

LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE TRA POTERE E FUNZIONE.
UNA BREVE INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa di teoria generale del diritto pubblico. La divisione dei poteri e delle funzioni nello Stato di diritto. – 1.1. L'attività amministrativa come espressione di una fondamentale funzione dello Stato. – 2. La Pubblica Amministrazione come concetto sempre più poliedrico ed altamente complesso. – 3. Il percorso storico-evolutivo della Pubblica Amministrazione in Italia tra "autorità" e "partecipazione" nella gestione del potere amministrativo. – 4. Ente pubblico e Pubblica Amministrazione nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento eurounitario. L'attività degli enti pubblici. – 4.1. L'attività di diritto privato degli enti pubblici. – 4.2. L'attività di diritto pubblico degli enti pubblici. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa di teoria generale del diritto pubblico. La divisione dei poteri e delle funzioni nello Stato di diritto

Nel quadro dei compiti dello Stato, l'attività amministrativa si sostanzia nella cura concreta degli interessi della collettività sociale (riconosciuti come preminenti in un determinato momento storico) da parte di quegli organi statali a ciò deputati istituzionalmente. Tale attività trova il proprio fondamento nell'esercizio di un potere che l'ordinamento giuridico attribuisce alla Pubblica Amministrazione unitariamente considerata; potere che – come è noto – rileva concettualmente una situazione giuridica "elementare" di carattere attivo che si concreta nella possibilità, riconosciuta normativamente alla Pubblica Amministrazione medesima di modificare la sfera giuridica altrui, attraverso la realizzazione di uno o più atti, per il perseguimento di un interesse di tipo pubblicistico.

Per la realizzazione dei fini dello Stato la teoria della divisione dei poteri (principio tipico degli Stati liberali secondo cui il potere deve essere necessariamente suddiviso tra i vari organi che compongono uno Stato in modo tale che ciascuno di essi abbia una particolare funzione limitatrice e di controllo nei confronti degli altri) individua tre poteri fondamentali: il potere legislativo, il potere giurisdizionale e il potere amministrativo (o esecutivo) cui corrispondono altrettante funzioni. In termini generali, per funzione deve intendersi una attività (i.e. un insieme di atti giuridicamente rilevanti) necessariamente rivolta alla

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, titolare della cattedra di Diritto pubblico dell'economia, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II.

realizzazione di un fine ben determinato. Peraltro, con specifico riferimento alla funzione amministrativa, vedremo più avanti che si tratta essenzialmente di una attività autoritativa, per certi versi, onnicomprensiva, nel senso che tutti gli elementi costitutivi dell'amministrazione (organizzazione, personale, finanza ed attività in senso proprio) sono in un rapporto di relazione necessaria con i fini pubblici da perseguire.

Ciò premesso, merita osservare come la funzione legislativa si esplica nell'attività di produzione del diritto, in quanto è diretta a creare, mediante appositi procedimenti, le norme giuridiche (art. 70 ss. Cost.); la funzione giurisdizionale è invece diretta alla conservazione del diritto e ad assicurare la certezza dei rapporti giuridici, in quanto applica le norme giuridiche ai rapporti controversi, garantendo così l'applicazione concreta delle singole norme (art. 102 Cost.); la funzione amministrativa, infine, si concreta nella realizzazione materiale dei fini dello Stato attraverso l'adozione di statuizioni che permettono di dare concreta ed immediata operatività all'attività di produzione legislativa (art. 97, 98 e 113 Cost.).

In proposito la dottrina ha altresì precisato che, nello Stato di diritto, una divisione oggettiva dei poteri, corrispondente alle tre funzioni di cui si è fatto cenno, deve necessariamente coesistere con una divisione soggettiva dei poteri stessi che trova piena realizzazione nella costruzione dell'architettura costituzionale solo affidando, in concreto, ciascuna di queste funzioni a diversi organi tra di loro autonomi e, soprattutto, indipendenti. A ciascuno di tali organi viene così ad essere affidata una funzione che, dal punto di vista dinamico (e, in quanto riferita ad un soggetto) corrisponde ad un determinato potere.

Ciò porta dunque a distinguere un potere legislativo, un potere giudiziario e un potere amministrativo (o esecutivo), ciascuno titolare di una autonoma funzione pubblica.

Tuttavia, deve sottolinearsi come, al giorno d'oggi, la teoria della divisione dei poteri sia ormai da ritenere sostanzialmente superata, in quanto attualmente sussiste un riparto di attribuzioni tra vari organi costituzionali dello Stato che non risponde pienamente alla logica di una netta divisione dei poteri o funzioni di rilevanza costituzionale¹.

Si può dunque concludere che, all'attualità, nell'ordinamento costituzionale italiano tra poteri e funzioni dello Stato non vi è una perfetta corrispondenza.

Ciò in quanto oggi per "potere dello Stato" non sono da intendersi soltanto i tre poteri tradizionali (i.e. legislativo, giudiziario e amministrativo), ma qualsiasi organo *superiorem non recognoscens*² che sia istituzionalmente detentore di potestà pubbliche.

¹ A. QUARANTA, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Novara, 1987.

² A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1984.

Appare quindi pienamente condivisibile l'osservazione di quella dottrina³ secondo cui il principio della tripartizione dei poteri, pur costituendo un utile punto di riferimento, non può più essere considerato nello Stato contemporaneo un vero e proprio valore assoluto.

1.1. *L'attività amministrativa come espressione di una fondamentale funzione dello Stato*

Qualunque osservatore dei fenomeni istituzionali non può mancare di rilevare come, laddove nell'esercizio della funzione legislativa e di quella giurisdizionale lo Stato si presenta in veste marcatamente *super partes* (e, quindi, in veste propriamente obiettiva) nell'esercizio invece della funzione amministrativa esso viene a trovarsi come un soggetto dell'ordinamento generale, di volta in volta in posizione cointeressata o controinteressata rispetto agli altri soggetti con cui interagisce.

Ciò in quanto nell'esercizio di tale funzione, lo Stato persegue interessi propri⁴, che possono così coincidere o meno con quelli degli altri consociati.

Alla funzione amministrativa corrisponde quindi una attività mediante la quale “*gli organi statali ad essa preposti provvedono alla cura degli interessi pubblici ad essi affidati*”⁵.

Dalla definizione sopra riportata si evince che, laddove attraverso l'esercizio dell'attività legislativa lo Stato individua i singoli interessi da perseguire e le modalità attraverso cui essi debbano essere curati e con l'attività giurisdizionale provvede ad accertarsi che la volontà legislativa sia osservata, tramite l'esercizio dell'attività amministrativa, invece, esso cura direttamente interessi propri, in maniera del tutto analoga a ciò che farebbe qualunque altro soggetto.

Lo Stato provvede così alla cura diretta dei propri interessi, operando con mezzi propri per l'immediata realizzazione di quei fini che ritiene di dover riservare a sé stesso.

Merita altresì evidenziare che l'attività amministrativa si presenta, generalmente, come una “attività discrezionale”⁶.

Ciò in quanto, fatta eccezione per i casi in cui è la legge stessa ad imporre una determinata scelta (costituendo, quindi, un vero e proprio vincolo), di regola gli organi amministrativi hanno, per provvedere alla cura concreta degli interessi di

³ G. TREVES, *Principi di diritto pubblico*, Torino, 1973.

⁴ Che, in quanto propri dello Stato (cioè di un soggetto determinato), ben possono essere qualificabili come veri e propri “interessi di parte”.

⁵ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, cit.

⁶ Sulla discrezionalità amministrativa la letteratura è molto vasta ed articolata. Tuttavia, non ci si può esimere in questa sede di richiamare almeno i contributi di A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1985; nonché F. CARINGELLA, *La discrezionalità amministrativa ed il relativo sindacato giurisdizionale*, in F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, Milano, 2001, 1085 ss.

cui sono portatori, la facoltà di scelta fra due o più comportamenti leciti, in modo da poter adottare quello che si presenta più utile ed efficace nel singolo caso.

Correttamente, dunque, la dottrina⁷ ha inteso definire l'attività amministrativa come “*la funzione di emanare statuzioni (o quanto meno atti preparatori od integrative delle medesime) aventi valore complementare rispetto ad un precetto normativo astratto mancante di concreta ed immediata operatività, al fine appunto di permettere siffatta operatività concreta*”.

Peraltro, tenendo conto dei molteplici aspetti in cui l'attività amministrativa si manifesta, la dottrina è solita distinguere in:

- a) attività giuridica;
- b) attività sociale;
- c) attività di diritto pubblico;
- d) attività di diritto privato;
- e) attività autoritativa (o di imperio);
- f) attività patrimoniale (o, più, propriamente, di gestione).

L'attività giuridica della P.A. è essenzialmente diretta ai fini di conservazione dello Stato. Si tratta di una attività che si realizza nel mantenimento dell'ordine interno e della sicurezza sociale, trovando così espressione nell'esercizio di poteri di coercizione e di sovranità analoghi a quelli che l'ordinamento giuridico-costituzionale riconosce agli organi titolari della funzione giurisdizionale.

L'attività sociale, invece, è diretta ai fini di realizzazione dello sviluppo e del benessere sociale (igiene; salute pubblica; servizi pubblici; ecc.). Essa è costituita da un complesso variegato di prestazioni amministrative fornite ai soggetti privati che, difficilmente, danno luogo ad atti di limitazione di sovranità.

Si è però osservato⁸ che la distinzione tra attività giuridica ed attività sociale, pur essendo accettabile dal punto di vista meramente teorico, non risulta essere sempre valida sotto il profilo pratico, dal momento che – a ben vedere – risulta fondata su criteri esclusivamente occasionali.

L'attività di diritto pubblico, così come l'attività di diritto privato della P.A. hanno, quale loro fondamento, la causa dell'atto amministrativo che viene posto in essere, ovvero più rigorosamente i diversi effetti giuridici che sono determinati da ciascuna delle due differenti attività.

Gli atti di diritto pubblico sarebbero quelli destinati a costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici pubblici o ad influire comunque su tali rapporti; gli atti di diritto privato, invece, sarebbero quelli idonei a spiegare i loro effetti giuridici esclusivamente su situazioni e rapporti giuridici privati.

Tale distinzione dell'attività amministrativa in attività di diritto pubblico e attività di diritto privato ha incontrato non poche critiche da parte della dottrina⁹ dal momento che, nell'esperienza concreta, non appare un criterio distintivo

⁷ R. ALESSI, *I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*, Milano, 1966.

⁸ Cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1950; ID., *Appunti di diritto amministrativo*, Milano, 1978.

⁹ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, *Principi generali*, Milano, 1947.

idoneo ad una applicazione di carattere generale: vi sono infatti atti amministrativi che, pur appartenendo sicuramente al diritto pubblico, spiegano i loro effetti su rapporti qualificabili di diritto privato. Ma sul tema torneremo più diffusamente nei paragrafi che seguono.

In ogni caso, la richiamata distinzione tra attività di diritto pubblico e attività di diritto privato della P.A. rimanda anche alla nota contrapposizione, tra i cultori della scienza del diritto pubblico, in generale, e del diritto amministrativo, in particolare, tra atti di imperio ed atti di gestione. In passato, per lungo tempo, la dottrina e la giurisprudenza ritenevano che gli atti dello Stato (e delle varie pubbliche amministrazioni costituite da enti pubblici autoritativi) si distinguessero in “atti a carattere autoritativo” (c.d. “atti d’imperio”), espressione di una *potestas* che traeva la sua forza da norme di diritto pubblico, e in “atti a carattere prevalentemente patrimoniale” (c.d. “atti di gestione”), sottoposti invece alle norme proprie del diritto privato. Tale impostazione teorica era criticata da alcuna dottrina¹⁰, che, per certi versi, ben potremmo definire concettualmente più “progressista”, la quale obiettava che la separazione tradizionale tra attività di imperio e attività di gestione era diretta conseguenza del principio, ormai vetusto e superato, della c.d. “doppia personalità” dello Stato e perciò doveva essere abbandonata sotto il regime dello Stato contemporaneo che ha il merito di aver ricondotto ad unità tutti i diritti e i poteri di marca statale.

Pur riconoscendo la bontà della critica, non v’è però chi non veda che, anche ammettendo il carattere unitario della persona giuridica Stato, non vi sarebbe alcun valido motivo per non poter distinguere in esso, da un lato, una capacità di diritto privato (comune a tutte le persone giuridiche) e, dall’altro, una capacità di diritto pubblico (propria, invece, delle sole persone giuridiche pubbliche).

D’altronde, l’unitarietà dei fini (tutti ugualmente pubblici) non pare possa essere di ostacolo alla distinzione degli atti giuridici, che costituiscono soltanto i mezzi di cui la P.A. si avvale per poter conseguire concretamente tali fini.

Infine, deve farsi menzione del tentativo di taluna dottrina di sostituire alla tradizionale bipartizione tra atti d’imperio e atti di gestione una tripartizione delle attività dello Stato. Tale teorica minoritaria distingueva gli atti basati sull’esercizio della sovranità dello Stato (ordini, concessioni, autorizzazioni) da quelli fondati sulla sua capacità di diritto privato (contratti di opere pubbliche; contratti aventi ad oggetto l’erogazione di alcuni servizi pubblici).

Queste categorie di atti si concreterebbero entrambe in attività inerenti alla funzione amministrativa *stricto sensu* e quindi sarebbero a pieno titolo qualificabili come atti amministrativi.

Accanto a tali categorie ve ne sarebbe una terza, nella quale il fine pubblico perseguito sarebbe soltanto indiretto e remoto: si tratterebbe dei c.d. “atti di

¹⁰ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, 1914.

gestione del patrimonio redditizio” della P.A. (atti inerenti la locazione di immobili; ecc.).

Tale teorica della “tripartizione delle attività dello Stato” ha incontrato la netta critica della dottrina maggioritaria¹¹, dal momento che tale costruzione teorica, anche se fosse da ritenersi fondata dal punto di vista sostanziale, non troverebbe comunque alcuna giustificazione dal punto di vista formale. Tale critica mantiene così ferma l’antica distinzione tra atti d’imperio e atti di gestione per la considerazione che gli atti di diritto privato della P.A., siano essi rivolti immediatamente o mediamente ai fini istituzionali della medesima, sono sempre regolati dagli stessi principi del diritto comune e del diritto privato speciale, contenuto nelle leggi amministrative, che non altera la natura prettamente privatistica dell’attività della P.A.

2. La Pubblica Amministrazione come concetto sempre più poliedrico ed altamente complesso

Nell’ordinamento italiano manca una definizione normativa generale di Pubblica Amministrazione, in quanto le singole leggi identificano e definiscono le Pubbliche Amministrazioni solo in relazione a specifici scopi e limitatamente all’ambito di applicazione di singole norme.

In questo contesto, la nozione di Pubblica Amministrazione in senso giuridico va ricostruita volta per volta valorizzando le indicazioni delle differenti norme.

Definire concettualmente la Pubblica Amministrazione resta, comunque, di fondamentale importanza, dal momento che essa è la detentrica istituzionale di quella porzione di pubblico potere preposto alla cura e alla realizzazione concreta degli interessi della collettività, attraverso cui vengono rese operative le previsioni legislative astratte.

Solo chi vi rientra, infatti, è munito di taluni poteri pubblici¹²; è assoggettato a limiti, vincoli e doveri pubblici¹³; soggiace ad un articolato regime di responsabilità, civile, penale e amministrativa; è attratto alla giurisdizione del giudice amministrativo per gli atti e i comportamenti che pone in essere nell’esercizio di poteri pubblici.

Senonché, solo in taluni casi la legge, nel delimitare l’ambito di applicazione di alcune discipline pubbliche, elenca nominativamente i soggetti che devono considerarsi Pubblica Amministrazione.

¹¹ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, *Principi generali*, cit.

¹² Al riguardo, si pensi al potere di adottare atti amministrativi che modificano unilateralmente la sfera giuridica del privato, come può essere ad es.: un atto di esproprio.

¹³ Per esempio, dovendo assicurare l’accesso ai propri documenti, o sottostare a controlli pubblici, come quello della Corte dei conti.

La Costituzione prende in considerazione la nozione di Pubblica Amministrazione in senso soggettivo, delineando tre modelli di organizzazione amministrativa, nessuno dei quali può assurgere, tuttavia, a modello principale: *P.A. come apparato servente del Governo (art. 95 Cost.)*; *P.A. come apparato indipendente dal potere politico e regolato direttamente dalla legge (art. 97 Cost.)*; *P.A. come apparato autonomistico e comunitario, decentrato territorialmente (artt. 5, 114 e 118 Cost.)*.

Per la realizzazione di fini istituzionali via via sempre più ampi ed eterogenei, l'organizzazione amministrativa italiana si è trasformata nel tempo sotto il profilo delle strutture e dei modelli, perdendo il suo iniziale carattere unitario (riferibile ad una nozione di P.A. che faceva perno unicamente sullo Stato-apparato) e acquistando in via definitiva un carattere pluralistico (riferibile ad una nozione di P.A. che poggia, oltre che sullo Stato, anche su altri soggetti dotati di capacità giuridica di diritto pubblico, volti al perseguimento di finalità di pubblico interesse).

Essa si struttura in organizzazione diretta, quando le strutture operative appartengono direttamente allo Stato, e in organizzazione indiretta, quando poggia su soggetti giuridici pubblici, diversi dallo Stato, ai quali sono attribuite funzioni amministrative.

L'organizzazione diretta a sua volta si articola in: *centrale ordinaria*, che realizza il sistema dell'accentramento burocratico, in essa vanno compresi gli organi attivi (Presidenza del Consiglio, Ministeri e Agenzie), consultivi (Consiglio di Stato, Avvocatura dello Stato, CNEL) e di controllo (Corte dei Conti), destinati ad operare sull'intero territorio nazionale; *centrale speciale*, che realizza il c.d. decentramento funzionale di servizi di interesse pubblico, attraverso aziende autonome (oggi in gran parte privatizzate), con competenza nazionale, in posizione di autonomia amministrativa, contabile e finanziaria; *locale (o periferica)*, che realizza il c.d. decentramento burocratico attraverso l'attribuzione di funzioni proprie degli organi centrali a sedi distaccate a livello periferico, che operano in determinate parti del territorio nazionale (es. Prefetture-Uffici territoriali del Governo, Sindaco in qualità di ufficiale di Governo).

L'organizzazione indiretta realizza il c.d. decentramento autarchico tipicamente attraverso: *enti pubblici istituzionali*, che svolgono, con un certo grado di autonomia, una specifica funzione di interesse generale e possono essere sia a carattere nazionale (es. INPS) che locale (es. Camere di Commercio); *enti pubblici territoriali*, che svolgono diverse funzioni su una porzione del territorio nazionale, esprimendo gli interessi della collettività ivi stanziata. Per questi enti il territorio non rappresenta soltanto l'ambito spaziale delle relative attività, ma un vero e proprio elemento costitutivo che ne legittima l'esistenza (es. Regioni, Città metropolitane, Province, Comuni).

La più tangibile manifestazione di questo pluralismo amministrativo è l'attuale compresenza di almeno quattro modelli organizzativi¹⁴:

- a) quello ministeriale;
- b) quello dell'ente pubblico;
- c) quello dell'autorità amministrativa indipendente;
- d) quello del soggetto privato controllato (società *in house*, società miste).

Le difficoltà che negli anni si sono riscontrate in riferimento all'esatta definizione di PP.AA. sono direttamente proporzionali anche al concetto di "pluralismo" della Pubblica Amministrazione: in tale accezione cangiante ed attuale di P.A. rientrerebbero, infatti, non solo figure propriamente pubblicistiche, pacificamente riconosciute come facenti parte dell'organizzazione amministrativa, ma anche soggetti tipicamente privati ma che pongono in essere funzioni riconducibili al pubblico e, ancora, figure ibride e di non agevole classificazione, spesso derivanti dai continui influssi del diritto eurounitario.

Negli anni, a quest'ultimo proposito, si è andata affermando una "logica delle geometrie variabili" di matrice europea in base alla quale un soggetto può essere considerato pubblico anche solo settorialmente o magari solo in determinati e specifici ambiti, mentre nella generalità delle sue azioni viene considerato alla stregua di un qualunque soggetto privato.

Come affermato sul tema dalla giurisprudenza, infatti, è ormai acclarato che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica¹⁵.

3. *Il percorso storico-evolutivo della Pubblica Amministrazione in Italia tra "autorità" e "partecipazione" nella gestione del potere amministrativo*

Il testo più antico di disciplina generale dell'Amministrazione statale è la c.d. legge Cavour del 1853. L'attività amministrativa dello Stato nell'epoca pre-unitaria era intesa come parte integrante del potere esecutivo. Il potere era accentrato nella persona del sovrano, titolare del potere di governo, che assumeva le decisioni e ne delegava l'esecuzione (funzione amministrativa) ai Ministri che componevano il governo da lui nominato (con conseguente abolizione delle "aziende", che fino ad allora svolgevano la gestione economica

¹⁴ Cfr. A. MASSERA, *La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle autorità amministrative indipendenti*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, Bologna, 1994, 23 ss.

¹⁵ Cass. Civ., Sez. Unite, 19 febbraio 2020, n. 4248; Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015 n. 2660.

dei servizi amministrativi). Il risultato appariva come una struttura piramidale, con il vertice occupato dal Ministro, legittimato in quanto membro del Governo dalla fiducia del Parlamento, e quindi degli elettori. Soltanto il Ministro poteva emanare atti (tutti i provvedimenti dell'amministrazione, infatti, portavano la sua firma), in quanto esclusivamente sulla sua persona incombeva la responsabilità politica.

Successivamente, con l'avvento del nuovo ordinamento dello Stato nazionale italiano, lo stesso si fondò sui principi della responsabilità ministeriale di fronte al Parlamento per l'azione amministrativa svolta e dell'uniformità amministrativa. Si rafforzò il modello di amministrazione per Ministeri e l'organizzazione amministrativa si sviluppò, prevalentemente, secondo un modello gerarchico-piramidale. Furono introdotte nuove forme di amministrazione pubblica, legate anche al contemporaneo ampliamento delle funzioni statali in ambito sociale. Nacque il sistema della doppia giurisdizione (ordinaria ed amministrativa) mediante la l. n. 2248/1865 sul contenzioso amministrativo, la l. n. 5992/1889, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato con competenza generale sulle controversie tra le autorità (non si parlava ancora di pubblica amministrazione) ed i privati, e la l. n. 6837/1890, istitutiva delle Giunte provinciali amministrative.

A partire dal 1912, con il suffragio universale, lo Stato si trasformò ed assunse caratteri, per così dire, più popolari; ne conseguì l'assunzione di compiti e attività in numero sempre crescente (i cd. "fini secondari", o di progresso). Aumentavano quindi i servizi pubblici e, conseguentemente, l'intervento statale nell'economia. La ricaduta di questo processo sulla struttura amministrativa è da individuare nella nascita di enti pubblici diversi dallo Stato, dotati di autonoma personalità giuridica (il c.d. "parastato"), oltre che di aziende autonome e di imprese di diritto privato a partecipazione statale.

Con l'avvento del regime totalitario fascista venne ripristinata un'organizzazione accentrata, con fusioni e riduzioni delle strutture ministeriali, e gerarchizzata dello Stato con la contestuale creazione di organismi con funzione di intervento nel sociale (enti assistenziali e previdenziali; corporazioni). La tendenza alla proliferazione degli enti pubblici raggiunse il livello più alto, parallelamente all'espansione dell'intervento pubblico nella vita sociale. Ne derivò così la "frantumazione" dell'originaria unitarietà della costruzione statale in una galassia di enti pubblici che formava quella che dalla dottrina è stata chiamata "l'amministrazione parallela".

Dopo la seconda guerra mondiale, istituita la Repubblica, in sede costituente si presentò il problema della modernizzazione dell'amministrazione pubblica. Con l'entrata in vigore della Costituzione si instaurò un sistema di organizzazione amministrativa non centralizzata e si affermò il pluralismo istituzionale. Venne dato ampio risalto alle autonomie locali e si realizzò una redistribuzione delle competenze fra amministrazione centrale e locale.

Tra i principali provvedimenti normativi del momento, si ricordano la riforma del pubblico impiego, dal T.U. 3/1957 alla l. 93/1983, e l'introduzione del doppio grado di giurisdizione per il processo amministrativo, mediante l'istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali, con la l. n. 1034/1971.

A partire dagli anni novanta la P.A. cambia volto: gli stessi rapporti tra amministrazione e cittadino mutano sulla base di alcune importanti riforme orientate a soddisfare le esigenze degli utenti e le richieste di trasparenza nell'attività amministrativa.

In questi anni (e nei successivi) infatti hanno visto la luce la l. n. 142/1990, sugli enti locali (oggi d.lgs. n. 267/2000) e la l. n. 241/1990, sul procedimento amministrativo; la privatizzazione del pubblico impiego avviata con il d.lgs. n. 29/1993, confluito oggi nel d.lgs. n. 165/2001, destinato a riportare la disciplina del lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni all'alveo del diritto privato; il federalismo amministrativo attuato con la l. cost. n. 3/2001 di riforma del Titolo V Cost.

Fino all'approvazione della legge n. 241/1990, nell'ordinamento italiano, non si rinveniva una normativa che disciplinasse in maniera comune tutti i procedimenti degli enti pubblici; esistevano soltanto delle discipline di settore, con la conseguenza che l'*agere* della Pubblica Amministrazione continuava ad essere ampiamente discrezionale. Gli interessati, quindi, non potevano vantare alcun diritto ad interloquire in quei procedimenti destinati ad incidere, a vario titolo, sulle loro posizioni giuridiche¹⁶.

In quest'ottica, la necessaria partecipazione dei privati ai procedimenti della Pubblica Amministrazione veniva ricondotta agli stessi principi costituzionali ed, in particolar modo, a quello di imparzialità, sostenendo, in virtù del combinato disposto degli artt. 1 e 97 Cost., che – mentre lo Stato ottocentesco ben poteva concepire un'amministrazione in termini di mera emanazione diretta del sovrano e, dunque, del tutto chiusa nei confronti del popolo – con l'avvento della Costituzione repubblicana, la Pubblica Amministrazione avrebbe dovuto, invece, rivelarsi aperta al contributo partecipativo dei cittadini.

Dall'art. 1 Cost., che attribuisce la sovranità al popolo nei limiti e nelle forme previste dalla stessa Costituzione, si desumeva il conseguente principio della partecipazione dei privati al procedimento amministrativo; quindi, l'amministrazione avrebbe dovuto necessariamente comparare – proprio in un'ottica di imparzialità – l'interesse pubblico con quello dei soggetti privati coinvolti.

Per altro verso, il fondamento costituzionale della partecipazione si faceva discendere dall'art. 3, comma 2, Cost., dal quale deriva il coinvolgimento dei

¹⁶ Cfr. A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, cit., 113 ss.

cittadini nell'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, attraverso l'esercizio dei vari istituti democratici.

Con l'approvazione della legge n. 241/1990 l'istituto della partecipazione è stato esteso alla generalità dei procedimenti amministrativi, introducendosi in tal modo la positivizzazione del c.d. “*principio del giusto procedimento*”, in forza del quale la definizione del pubblico interesse deve avvenire (anche) attraverso il contraddittorio con i portatori dei contrapposti interessi coinvolti dall'esercizio del potere pubblico.

Il procedimento amministrativo, quindi, deve tendere ad evidenziare ed organizzare i vari interessi rilevanti ai fini dell'esercizio della funzione affidata alla P.A., perché questa possa perseguire l'interesse pubblico primario attraverso il temperamento con gli altri interessi in gioco, pubblici e privati: l'apporto dei soggetti interessati, infatti, consentirà all'Amministrazione procedente di acquisire, prima della decisione finale, tutte le informazioni necessarie e la conoscenza di tutti gli interessi coinvolti.

Nella partecipazione, infatti, si possono ravvisare due finalità diverse: da un lato, una funzione di tutela della posizione giuridica soggettiva incisa dall'esercizio del potere amministrativo (la c.d. partecipazione difensiva), che, in un'ottica garantista, è volta a consentire al cittadino di far valere le proprie ragioni, a procedimento ancora in corso; dall'altro, invece, una funzione più prettamente collaborativa (anche definita partecipazione in senso stretto), dato che, attraverso le osservazioni e le informazioni fornite dal soggetto privato, l'Amministrazione può meglio conoscere ogni elemento utile per la più idonea valutazione del caso concreto¹⁷.

4. Ente pubblico e Pubblica Amministrazione nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento eurounitario. L'attività degli enti pubblici

Si è già accennato come in passato si ritenesse che la condizione di ente pubblico fosse uno *status* permanente, che concernesse il campo generale delle sue azioni e dei suoi comportamenti.

Negli ultimi anni, al contrario, si è andata affermando la c.d. “logica delle geometrie variabili”, di matrice eurounitaria, in base alla quale, almeno nei settori toccati da interventi del diritto UE, un ente può essere considerato pubblico solo settorialmente, in relazione a determinati ambiti disciplinatori, mentre nella generalità della sua azione, non interessata da questa specifica nozione, deve considerarsi come un soggetto meramente privatistico.

¹⁷Cfr. A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, cit., 121 ss. Vedi pure O. SEPE, *Partecipazione e garantismo nel procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 331 ss.

In tal senso, si è osservato che la pubblicità di un ente si apprezza solo sotto il profilo dinamico, ossia guardando alle molteplici attività concretamente svolte dallo stesso.

Il diritto UE sposa, infatti, una nozione flessibile di ente pubblico che ben si coniuga con il cosiddetto “principio dell’effetto utile”¹⁸, in base al quale la miglior soluzione del caso concreto deve essere quella più corrispondente al fine che la norma comunitaria vuole perseguire.

A seconda dei vari ambiti disciplinatori, dunque, può essere maggiormente funzionale allo scopo che l’Unione Europea si prefigge una nozione ampia piuttosto che ristretta di ente pubblico, poiché, a seconda dei casi, l’accezione più o meno estesa può meglio garantire il perseguimento dei fini essenziali della Comunità.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alle diverse nozioni di Pubblica Amministrazione che l’Unione Europea abbraccia ai fini della regolamentazione dei rapporti di lavoro, della responsabilità e degli appalti pubblici.

In merito al primo profilo, l’art. 45 T.F.U.E. (*ex* art. 39 Trattato CE) prevede come regola generale la libertà di svolgimento dell’attività lavorativa in ogni Stato UE, senza discriminazioni relative alla nazionalità. Il § 4 dell’art. 45 T.F.U.E. (*ex* § 4 art. 39 Trattato CE) stabilisce, a sua volta, in deroga a tale regola generale, che è possibile limitare la libertà di accesso di un cittadino UE a un impiego presso un altro Paese dell’Unione ove si tratti di un rapporto di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni.

Ne consegue che dalla qualifica pubblica dell’ente datore di lavoro consegue la possibilità di riservare l’accesso all’attività lavorativa ai soli cittadini dello Stato membro, in deroga all’art. 45 T.F.U.E. Orbene, in tali ipotesi, la Corte di giustizia europea ha dato della nozione di ente pubblico una lettura restrittiva, finalizzata a erodere i limiti di accesso del lavoratore non nazionale alla prestazione lavorativa¹⁹.

In prima battuta si esclude che siano qualificabili Pubbliche Amministrazioni ai sensi del § 4 dell’art. 45 T.F.U.E. gli enti che svolgono attività di impresa; inoltre, la limitazione dell’accesso all’attività lavorativa ai soli lavoratori nazionali può essere disposta dalle Pubbliche Amministrazioni solo per rapporti di lavoro caratterizzati dall’esercizio diretto o indiretto in senso stretto del potere pubblicistico²⁰.

Si aggiunge poi che detta esclusione si giustifica solo per quelle posizioni di lavoro (in particolare di tipo dirigenziale) che implicano l’assunzione di decisioni che impegnano all’esterno la Pubblica Amministrazione, specie in settori sensibili (come la difesa, la magistratura, le forze di polizia).

¹⁸ Al riguardo il richiamo corre d’obbligo all’art. 10 Trattato CE, ora sostituito dall’art. 4, § 3, T.F.U.E.

¹⁹ Cfr. Corte di giustizia CE, 30 maggio 1989, C-33/88.

²⁰ Sul punto, v. art. 38 T.U. n. 165/2001.

Non sono, invece, considerate Pubbliche Amministrazioni le società pubbliche e gli enti pubblici economici, ossia i soggetti che operano sul mercato alla stregua di imprenditori senza esercitare di norma poteri autoritativi, come tali sottoposti *pleno iure* alle regole UE in materia di parità di accesso.

Assai diversa è, invece, la nozione di Pubblica Amministrazione in materia di contratti pubblici. In tali ipotesi, invero, l'esigenza prioritaria per il diritto UE è quella di obbligare l'ente pubblico a seguire procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente, rispettose dei principi comunitari sulla concorrenza e che consentano a ogni operatore economico professionale di partecipare a una gara per giocare le proprie *chances* competitive, senza alcuna discriminazione su base di nazionalità e di residenza.

È chiaro che, a questi fini, è maggiormente rispondente all'esigenza comunitaria di rispetto delle regole sulla concorrenza e di attuazione delle libertà fondamentali di circolazione di capitali, persone e servizi, una definizione ampia di ente pubblico, di modo che il diffuso assoggettamento alle procedure pubbliche di scelta del contraente consenta a ogni impresa, anche non nazionale, di partecipare senza alcun ostacolo e senza alcuna discriminazione alla gara. A tal fine la nozione eurounitaria di ente pubblico è volta a snidare la pubblicità reale dell'ente, che si nasconde al di là del dato formale della mera veste privatistica.

Ciò consente pertanto di ricomprendere tra le Pubbliche Amministrazioni, tenute alla procedura di evidenza pubblica, non solo i soggetti formalmente pubblici, ma anche quelli con veste privata sottoposti ad una mera influenza pubblica, onde evitare che la struttura formalmente privatistica costituisca un facile congegno elusivo per liberarsi dai vincoli procedurali che costringono i contratti delle Pubbliche Amministrazioni. Di qui l'emersione della nozione di organismo di diritto pubblico, in cui si dà rilievo, per l'appunto, a quella che ben può essere definita come l'anima pubblica dell'ente e non già alla mera matrice formalistica dello stesso.

Ancora diversa è la nozione di ente pubblico elaborata dalla giurisprudenza eurounitaria in materia di responsabilità dello Stato nazionale per violazione del diritto UE.

Poiché le norme in materia di responsabilità perseguono l'obiettivo di obbligare al rispetto del diritto eurounitario i soggetti che sono investiti di funzioni pubbliche, è evidente che tale fine è perseguito efficacemente nella misura in cui tale responsabilità sia imputabile indistintamente a tutti i soggetti che detengono a vario titolo il potere pubblico in senso lato: Stato centrale ed enti periferici, enti autarchici ed economici, nonché i soggetti privati titolari di pubblici poteri. Sul piano eurounitario, in definitiva, ciò che conta è che sia assicurato l'obiettivo di legittimare passivamente ogni soggetto provvisto di una veste pubblicistica sul piano sostanziale, affinché risponda dei danni cagionati dal non corretto esercizio del potere o della funzione pubblica.

Anche la nostra legislazione nazionale, in ossequio al diritto UE, si è aperta a una nozione di ente pubblico non statica, ma applicata a casi specifici così qualificando un ente come pubblico non perpetuamente, ma per gli scopi che concretamente persegue.

È quanto è accaduto in materia di appalti e di accesso alla documentazione amministrativa.

Il codice dei contratti pubblici²¹ sottopone infatti alle regole di evidenza pubblica una serie di soggetti (organismi di diritto pubblico, società per azioni miste, soggetti totalmente privati ma sovvenzionati da enti pubblici), ai soli fini dell'assoggettabilità alla disciplina relativa agli appalti dettata dallo stesso codice. Ne consegue, evidentemente, che, sul crinale giurisdizionale, anche il relativo contenzioso è devoluto al giudice amministrativo, *ex art. 103 Cost.*, nella misura in cui i soggetti individuati dal codice sono da considerarsi enti pubblici.

Analogamente, l'art. 22 della l. 241/1990, in combinato disposto con il successivo art. 23, assoggetta alla disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi non solo i soggetti pubblici, ma anche i soggetti privati gestori di pubblici servizi. Anche in questo caso l'assoggettamento di tali soggetti ai medesimi limiti in materia di accesso che avvengono i soggetti pubblici e la devoluzione del relativo contenzioso alla giurisdizione esclusiva del G.A. ai sensi dell'art. 25, consente di ritenere che, in tema di accesso, tali soggetti debbano considerarsi enti pubblici.

Si tratta quindi di un altro ambito nel quale è stata elaborata una definizione *ad hoc* di ente pubblico, funzionale al perseguimento delle finalità dell'istituto. L'accesso può essere esercitato nei confronti della P.A. anche quando gli atti e i documenti dei quali è richiesta la conoscenza riguardino attività di diritto privato, posto che l'istituto in parola attende a una generalizzata funzione di controllo della legittimità dell'azione amministrativa, ove essa incida su interessi di cui è titolare il richiedente²².

Può quindi concludersi che, sulla scorta della disciplina eurounitaria, anche la legge nazionale, come è accaduto per gli appalti e l'accesso, comincia a rinunciare a una soluzione definitoria universale di enti pubblici, coniandone invece una particolare perché valida esclusivamente a fini settoriali, con l'assunto implicito che al di fuori di tali ambiti questi soggetti rimangono totalmente privatistici. Se ne desume che tali soggetti, qualificati come pubblici solo a determinati fini, restano per il residuo assoggettati alla relativa disciplina privatistica, in quanto, al

²¹ Attualmente disciplinato dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, entrato in vigore il 1° aprile 2023, con efficacia dal 1° luglio 2023, e precedentemente dal d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

²² Sul piano applicativo ne consegue, in materia di pubblico impiego, che la privatizzazione del rapporto d'impiego del personale statale e degli enti pubblici non incide sull'ammissibilità del diritto d'accesso ad atti e documenti, la cui conoscenza soddisfa direttamente l'esigenza di tutela di diritti e interessi del richiedente.

di fuori del settore in cui sono qualificati come “pubblici”, essi non soggiacciono al regime giuridico proprio degli enti pubblici.

4.1. *L'attività di diritto privato degli enti pubblici*

Un discorso generale sull'attività della Pubblica Amministrazione non può infine trascurare la *summa divisio* tra situazioni di diritto privato (o comuni) e situazioni di diritto pubblico.

Non si è mai dubitato che le organizzazioni pubbliche possano essere titolari di situazioni giuridiche di diritto privato ed agire con gli strumenti propri di questo ramo del diritto.

In passato, come si è fatto cenno nei paragrafi precedenti, il fenomeno veniva spiegato quale diretta conseguenza di una duplice personalità dello Stato, una propriamente di diritto pubblico e l'altra di diritto privato, distinguendosi così gli atti di imperio, quale esercizio precipuo del potere pubblico, e gli atti di gestione, retti dal diritto privato e intesi a procurare i mezzi per l'esercizio del potere pubblico.

Oggi, si conviene nel ritenere che la personalità attribuita dall'ordinamento all'ente sia unica, perché unico è il fenomeno della persona giuridica quale autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici, solo che la persona giuridica pubblica si caratterizza per essere centro di funzioni, cioè di poteri e attività, regolamentate dal diritto pubblico.

Ne deriva che tutte le persone giuridiche, qualificate dall'ordinamento come pubbliche in forza di una capacità “speciale” ad esse attribuita, sono dotate anche della capacità di diritto privato, al pari di ogni altro soggetto dell'ordinamento e possono, quindi, porre in essere atti di diritto privato.

L'unicità della personalità non consente di distinguere gli atti di diritto pubblico da quelli privati secondo il criterio del fine, o dell'interesse, che non può che restare quello proprio dell'ente in generale; neppure soccorre il criterio del carattere accessorio dell'attività privata, evidentemente inutilizzabile per gli enti che svolgono “istituzionalmente” un'attività di diritto privato (si pensi, a titolo di esempio, al fenomeno dell'impresa pubblica); quanto all'oggetto, è incontrovertito che la stessa materia, lo stesso interesse, spesso possono essere regolati sia mediante atti amministrativi che a mezzo di contratti o altri negozi giuridici privati; in ordine al regime giuridico dell'atto, infine, si deve osservare che appartiene al diritto pubblico il procedimento di formazione della volontà diretta a perfezionare il negozio privato, almeno per i contratti soggetti alla c.d. “evidenza pubblica”.

La caratteristica peculiare dell'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni è quella di dare vita a rapporti giuridici propri del diritto privato

e da questo regolamentati, con il necessario effetto di rendere la posizione del soggetto pubblico perfettamente paritaria rispetto agli altri soggetti del rapporto.

Secondo la dottrina, infatti, se all'amministrazione sono conferiti speciali poteri di diritto pubblico, considerati idonei a incidere sul contratto, tali poteri le competono quale autorità deputata alla cura di determinati interessi pubblici e non quale parte contrattuale, cioè, come si usa dire, *ab extrinseco* rispetto al contratto.

4.2. *L'attività di diritto pubblico degli enti pubblici*

Nell'attività di diritto pubblico, invece, negli ordinamenti c.d. "a diritto amministrativo" quale si presenta l'ordinamento italiano anche in base al disegno costituzionale, le pubbliche amministrazioni sono giuridicamente caratterizzate dall'essere titolari di potestà, collocate pertanto su di un piano di supremazia generale rispetto agli altri soggetti, con la conseguente esclusione di rapporti giuridici con gli amministrati, cioè di quella relazione giuridica caratterizzata dalla presenza della coppia diritto - obbligo, in presenza della diversa relazione potestà - soggezione. Ciò non toglie che anche nel diritto pubblico - anzi si tratta della configurazione più frequente nell'attuale Stato democratico, sociale e di servizi - si riscontri l'esistenza di veri e propri rapporti giuridici tra amministrazione e cittadini (ad esempio, di obbligazione), ma si tratta di rapporti che l'amministrazione deve attuare nell'assolvimento dei suoi compiti istituzionali, con la conseguenza che non sono regolamentati dal diritto privato, ma dal diritto amministrativo (le obbligazioni, ad esempio, sono qualificate "pubbliche").

Giuridicamente, però, sono i momenti autoritativi dell'attività amministrativa, ancorché non prevalenti dal punto di vista quantitativo, a determinare la specialità della posizione attribuita dall'ordinamento alla pubblica amministrazione.

La caratteristica peculiare e normale dell'azione pubblica delle organizzazioni amministrative è di esprimersi attraverso atti autoritativi (provvedimenti), capaci di incidere unilateralmente e in senso recessivo sulle situazioni giuridiche garantite agli amministrati. Tale posizione di vantaggio attribuita all'amministrazione è assoluta, nei confronti, cioè, di tutti gli amministrati; senza riscontro, perciò, nel diritto privato, che pure conosce la categoria dei diritti potestativi, ma attribuiti nei confronti di soggetti determinati, o determinabili, nel presupposto di una particolare relazione giuridica intercorrente tra il titolare del potere e colui che versa nella situazione di soggezione. Donde l'imprescindibile esigenza di un complesso di istituti e regole volte a limitare l'esercizio o il contenuto delle potestà pubbliche, comprese quelle che sono espressione dell'attività c.d. "di indirizzo amministrativo" e "di alta amministrazione", restando escluse soltanto quelle in cui si esprime l'attività politica, per la quale opera un diverso sistema di controllo.

A questo fine si è correttamente osservato che l'ordinamento, da un lato, tende ad assicurare il massimo grado di certezza giuridica all'esercizio del potere amministrativo²³, laddove dall'altro si sforza di rendere quanto più ampio possibile il controllo, cioè la verificabilità dei modi di esercizio del potere²⁴. L'effettività delle regole e degli istituti di garanzia è infine assicurata da un sistema di controlli amministrativi e soprattutto giurisdizionali sul potere²⁵.

5. *Considerazioni conclusive*

La Pubblica Amministrazione rappresenta un pilastro fondamentale all'interno di qualsiasi sistema democratico, sostanziandosi – come si è visto – nell'esercizio di un potere pubblico (anzi, per meglio dire, di quella porzione del potere pubblico che è il potere amministrativo) per la cura concreta di interessi della società civile.

In tal modo essa svolge un ruolo cruciale, agendo sia come detentrica del potere, sia come fornitrice dei servizi pubblici. Questa dualità riflette altresì la complessità della sua attività ed il suo impatto sulla vita quotidiana dei cittadini.

In qualità di detentrica del potere amministrativo la P.A. è investita dell'autorità necessaria per governare e regolare importanti settori della vita sociale

Questo particolare tipo di potere pubblico trova espressione attraverso lo svolgimento di attività sia di diritto pubblico, sia di diritto privato, che, dando attuazione concreta alle politiche pubbliche determinate in sede di indirizzo dai detentori del potere politico (Governo e Parlamento), plasmano di fatto il tessuto socio-economico del paese.

Il potere della P.A., conferitole tramite la legge e la Costituzione, che definiscono i limiti entro cui può essere legittimamente esercitato, è infatti alla base della capacità che ha la stessa amministrazione pubblica di adottare decisioni che influenzano direttamente la vita dei cittadini e la direzione del paese nel suo complesso. Tale tipologia di potere pubblico si manifesta attraverso la capacità di creare e attuare le politiche pubbliche, di regolare l'economia, di intervenire nelle questioni sociali e di fornire servizi pubblici essenziali come l'istruzione, la sanità, le infrastrutture e la sicurezza.

Allo stesso tempo, la P.A. svolge un ruolo fondamentale all'interno della società. Essa agisce come vero e proprio custode dell'interesse pubblico, garantendo che le risorse disponibili siano allocate in modo equo e che i servizi siano forniti a tutti i cittadini, indipendentemente dalla loro condizione sociale o economica. Ciò nondimeno, il potere di cui la P. A. dispone e la funzione di cui

²³ Al quale concorrono il principio di legalità e le varie riserve di legge; nonché i principi di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione.

²⁴ Sotto tale profilo, allora, divengono fondamentali la nozione di discrezionalità amministrativa e il procedimento da osservare per l'emanazione dell'atto.

²⁵ Si pensi, ad esempio, agli artt. 24 e 113 Cost.

è titolare devono comunque essere bilanciati con l'osservanza dell'obbligo di responsabilità e trasparenza. Dal momento che l'amministrazione pubblica agisce *ex art.* 1 Cost. in nome e per conto dei cittadini, è a dir poco fondamentale che sia tenuta ad un alto standard di responsabilità per le proprie azioni e per le decisioni adottate. Anche la trasparenza è altrettanto importante, poiché consente ai cittadini di comprendere “*in che modo*” e “*per quale motivo*” vengono prese determinate decisioni e di partecipare così attivamente al processo decisionale della P.A.

Inoltre, la P.A. deve essere efficiente ed efficace nel conseguire gli obiettivi di interesse generale di cui è portatrice, in modo da garantire che le risorse pubbliche siano utilizzate in modo ottimale a vantaggio della collettività. Tutto ciò, ovviamente, richiede un costante impegno nell'innovazione, nell'adozione di pratiche di gestione moderne e nell'utilizzo di tecnologie all'avanguardia per migliorare i servizi offerti ed ottimizzare le procedure interne.

Solo in tal modo, affrontando quelle che sono vere e proprie sfide, la Pubblica Amministrazione può realizzare appieno il suo potenziale come motore di cambiamento e di progresso per la comunità sociale in cui opera.

Per affrontare tali sfide è quindi fondamentale promuovere la trasparenza, la partecipazione e l'efficienza all'interno della stessa struttura organizzativa in cui si articola l'amministrazione pubblica. La burocrazia eccessiva, la corruzione, la mancanza di trasparenza e la lentezza dei procedimenti amministrativi sono solo alcune delle criticità che minano l'efficacia della P.A. che deve sempre di più essere capace di adattarsi e innovare costantemente per rispondere alle mutevoli esigenze della società, in un mondo globalizzato e in costante evoluzione qual è quello in cui viviamo.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

La letteratura sul tema dell'attività amministrativa e della Pubblica amministrazione in genere è, come noto, vastissima. Oltre a quelli citati nelle note, sono stati qui indicati soltanto gli Autori più significativi dell'itinerario di ricerca seguito.

ALESSI R., *I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*, Milano, 1966; ALLEGRETTI U., *Pubblica amministrazione e Costituzione*, Padova, 1996; AZZENA A., *Aspetti salienti dell'attività delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1998; BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo*, Milano, 1978; BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1950; BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1985; CALANDRA P., *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1978; CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, 1914; CARINGELLA F., *La discrezionalità amministrativa ed il relativo sindacato giurisdizionale*, in CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, Milano, 2001; CARNEVALE M. A., *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, Padova, 1969; CASSESE S., *Le basi del diritto*

amministrativo, Milano, 2000; CASSESE S., *Lo Stato amministrativo*, Milano, 1974; CHITI M. P., PALMA G. (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006; CORSO G., FARES G., *Il provvedimento amministrativo nella giurisprudenza*, Torino, 2011; CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2023; FALCON G., MARCHETTI B., *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, Padova, 2013; GIANNINI M. S., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986; MASSERA A., *Contributo allo studio delle figure soggettive nel diritto amministrativo. Stato-persona e organo amministrativo*, Milano, 1984; MASSERA A., *La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle autorità amministrative indipendenti*, in CASSESE S. e FRANCHINI C. (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, Bologna, 1994; PAOLANTONIO N., POLICE A., ZITO A. (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005; PASTORI G., *La pubblica amministrazione*, in AMATO G., BARBERA A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997; PIRAS A., voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964; QUARANTA A., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Novara, 1987; SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo*, in CASSESE S. e FRANCHINI C. (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, Bologna, 1994; SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1984; SCOCA F. G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2021; SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995; SEPE O., *Partecipazione e garantismo nel procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 331 ss.; SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2014; STELLA RICHTER P., *Atti e poteri amministrativi (tipologia)*, in GUARINO G. (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 1983; TREVES G., *Principi di diritto pubblico*, Torino, 1973; VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006; ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, I, *Principi generali*, Milano, 1947.

ABSTRACT

Il presente lavoro introduce allo studio della P.A., delineandone il percorso storico ed evolutivo. Muovendo da una premessa di teoria generale del diritto pubblico, la P.A. viene trattata come una espressione di una fondamentale funzione dello Stato, diretta alla cura concreta degli interessi pubblici, attraverso cui sono rese operative (appunto, concrete) le previsioni legislative astratte. Analizzando l'attività amministrativa si scopre che la P.A. è un concetto sempre più poliedrico ed altamente complesso. Per la realizzazione di fini istituzionali sempre più ampi ed eterogenei, la P.A. si è trasformata nel tempo sotto il profilo della struttura e dei modelli, generando così molteplici soggetti dotati di capacità giuridica di diritto pubblico, diretti al perseguimento di finalità di pubblico interesse. In tal modo viene in rilievo un pluralismo amministrativo che si articola in almeno quattro modelli organizzativi: i) il modello ministeriale; ii) il modello dell'ente pubblico; iii) l'autorità amministrativa indipendente; iv) il modello delle società controllate o delle società *in house*. L'attività amministrativa viene poi ad essere distinta in attività di diritto pubblico e attività di diritto

privato, anche se – appare evidente – la caratteristica peculiare e, per certi versi, normale dell'attività della P.A. è di esprimersi attraverso provvedimenti, cioè atti capaci di incidere unilateralmente e in senso recessivo sulle più diverse situazioni giuridiche (diritti e interessi) garantite ai cittadini.

In conclusione, la P.A. rappresenta un pilastro fondamentale all'interno di qualsiasi sistema democratico, agendo sia come detentrica del potere amministrativo, sia come fornitrice di servizi pubblici. E questa dualità riflette la complessità della sua attività e il suo impatto sulla vita quotidiana dei cittadini.

This paper introduces the study of the P.A., outlining its historical and evolutionary course. Starting from a premise of general public law theory, the P.A. is treated as an expression of a fundamental function of the state, directed to the concrete care of public interests, through which abstract legislative provisions are made operational (precisely, concrete). Analyzing administrative activity reveals that the P.A. is an increasingly multifaceted and highly complex concept. For the realization of increasingly broad and heterogeneous institutional purposes, the P.A. has been transformed over time in terms of structure and models, thus generating multiple entities endowed with legal capacity under public law, directed to the pursuit of public interest purposes. In this way, an administrative pluralism comes into prominence that is divided into at least four organizational models: i) the ministerial model; ii) the public body model; iii) the independent administrative authority; and iv) the subsidiary or in-house company model.

Administrative activity then comes to be distinguished into activities under public law and activities under private law, although – it appears obvious – the peculiar and, in some ways, normal characteristic of the P.A.'s activity is to express itself through measures, i.e. acts capable of unilaterally and recessively affecting the most diverse legal situations (rights and interests) guaranteed to citizens.

In conclusion, the P.A. is a fundamental pillar within any democratic system, acting both as a holder of administrative power and as a provider of public services. And this duality reflects the complexity of its activity and its impact on the daily lives of citizens.

DANIELA SICILIANO*

SPUNTI RICOSTRUTTIVI DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA TRA VINCOLI, DISCREZIONALITÀ E MERITO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Attività amministrativa vincolata e attività discrezionale. – 2.1. Le norme attributive del potere discrezionale e i contenuti della discrezionalità. – 3. Il "merito" riservato all'amministrazione. - 4. La c.d. discrezionalità tecnica e il merito amministrativo. – 5. Attività amministrativa e situazioni soggettive. – 6. Amministrazione attiva, consultiva, di controllo; attività interna ed esterna. - 7. Attività di indirizzo politico e indirizzo amministrativo.

1. *Premessa*

Nell'ordinamento giuridico italiano l'attività dell'amministrazione si caratterizza per essere esercizio di "potere", cioè autoritativa.

Anche se dal punto di vista quantitativo prevale l'attività privata e quella non autoritativa (basti pensare alla prestazione di servizi pubblici), non vi è dubbio che, sotto il profilo strettamente giuridico, sia proprio l'attività imperativa dell'amministrazione a tracciare i connotati fondamentali del sistema del diritto amministrativo nell'ordinamento giuridico italiano.

Autoritatività, o imperatività, vuol dire idoneità a imporsi, a modificare la situazione giuridica preesistente, in forza di statuizioni di volontà che si presentano come "unilaterali", i.e. senza bisogno del consenso degli interessati. Perciò gli atti nei quali si esprime il potere amministrativo sono detti tecnicamente "atti provvedimenti", di fronte ai quali gli amministrati si trovano in un sostanziale stato di soggezione, subendo l'effetto di "degradazione" o "affievolimento" - la terminologia non è univoca sul punto, in dottrina come in giurisprudenza - dei diritti soggettivi di cui sono titolari.

2. *Attività amministrativa vincolata e attività discrezionale*

Sulla base di questa premessa è agevole comprendere allora perché i principi fondamentali dello Stato di diritto impongano la soggezione dell'azione amministrativa alla regola della legalità, in forza della quale è giuridicamente "imperativo" (e quindi legittimo) soltanto l'atto emanato sulla base di un potere attribuito dalla legge all'amministrazione.

Ciò nondimeno, merita evidenziare che la legge può disciplinare l'attività dell'amministrazione in due modi diversi: può fissare regole in modo preciso e puntuale, e si dice allora che l'attività amministrativa è una "attività vincolata"; ma può anche prevedere limiti elastici, nel senso che compete alla P.A. la scelta

* Cultore della materia in Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Scienze Umane e Sociali, UPM Uni-internazionale, Milano.

tra diversi modi possibili di operare per attuare i propri compiti istituzionali e si dice allora che l'attività è una “attività discrezionale”.

Più specificamente, la seconda evenienza si verifica quando l'amministrazione è chiamata a fare da tramite tra la fonte normativa e la realtà, completando, con la sua determinazione e in applicazione di regole non obiettivate, la fattispecie prevista dalla norma (si tratta, in buona sostanza, del c.d. “completamento soggettivo della fattispecie”). Di fronte all'attribuzione del potere discrezionale sorge allora l'esigenza di controllare, di verificare l'esercizio delle potestà pubbliche, esigenza che viene appunto realizzata configurando l'attività discrezionale come non libera.

Per vero, il termine “discrezionalità” storicamente fu inteso inizialmente come libertà, elaborando la nozione sul piano processuale, non su quello sostanziale, per indicare la sfera dell'azione del potere esecutivo che risultava così sottratta al sindacato del potere giurisdizionale. Ma ben presto con l'elaborazione della figura del vizio di “eccesso di potere” ad opera della giurisprudenza, divenne chiaro che l'azione amministrativa non può mai essere considerata davvero libera, come lo è invece quella dei privati, atteso che si tratta comunque di una “funzione”, ossia di un'attività rivolta al perseguimento dei fini determinati dalla legge.

Se è vero che anche l'attività dei privati è soggetta alla legge, per essi, tuttavia, la legalità costituisce la cornice, il limite, negativo ed esterno, non superabile, entro il cui ambito vi è però libertà; diversamente, per l'amministrazione, la legalità rappresenta un limite, questa volta positivo e interno, destinato ad assicurare che siano correttamente perseguite le finalità istituzionali.

Intesa la discrezionalità amministrativa come ambito di libertà di un'attività funzionalizzata, proprio a causa del fatto che l'attività è doverosamente diretta al perseguimento di fini giuridicamente rilevanti (e non indifferenti per il diritto come invece sono, di regola, i motivi dell'attività privatistica), il rilievo giuridico investe l'attività in tutto il suo svolgersi e non solo l'atto conclusivo in cui essa sfocia; in tale prospettiva, allora, si è evidenziato come il carattere funzionale del potere costituisce il limite giuridico del potere stesso, che si sovrappone alla libertà di ricerca dei modi di esercizio della funzione.

Ne discende che il soggetto pubblico, titolare di potere discrezionale, è tenuto non soltanto al rispetto della legalità formale, ma anche di quella sostanziale: questo è il significato e la portata della norma contenuta nell'art. 97 Cost., la quale prescrive che devono essere assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

Se vi è sostanziale accordo tra gli studiosi nella descrizione del fenomeno del potere amministrativo discrezionale, non altrettanto avviene quando si tratta di definire l'essenza stessa della “discrezionalità”.

Secondo la dottrina più risalente la discrezionalità consiste nella determinazione di concetti giuridici imprecisi (teoria cd. “intellettiva”).

La tesi, strettamente dipendente dall'idea che l'amministrazione sia chiamata a svolgere un'attività strettamente esecutiva della legge, è stata ben presto abbandonata perché il diritto positivo dimostra ampiamente che

l'amministrazione non si limita, al pari del giudice, a svolgere un'attività interpretativa della legge (che è di natura meramente tecnica, e che tale resta ancorché si tratti di concretizzare nozioni quali la buona fede, l'osceno, ecc.); soprattutto, la possibilità conferita all'amministrazione di emanare provvedimenti negativi, scegliendo in determinate situazioni di non provvedere, di non modificare la situazione in atto, rende evidente la profonda differenza che passa tra la discrezionalità dell'amministrazione e quella del giudice (per il quale non è configurabile il provvedimento negativo che concretirebbe un vero e proprio rifiuto di esercitare la funzione).

Si è quindi convenuto che l'amministrazione esercita il potere discrezionale esprimendo la volontà di regolare in un certo modo la propria o l'altrui azione, all'esito dell'apprezzamento dell'interesse pubblico (concezione c.d. "volitiva").

Pervenuta a tale risultato, la dottrina tradizionale concepisce la discrezionalità quale facoltà di scelta, non libera ma vincolata dalla "causa" del potere¹ e dai principi di logica e razionalità, tra più comportamenti tutti giuridicamente leciti ed idonei a soddisfare l'interesse pubblico², in grado di realizzare un fine corrispondente alla causa del potere.

Viene precisato, al riguardo, che il fine da perseguire è scelto in un momento precedente, in sede politico-amministrativa, spesso dalla medesima autorità che agisce, ma sempre nei limiti della causa del potere, distinguendosi in tal modo la causa dai motivi dell'atto di esercizio del potere³.

La concezione tradizionale della discrezionalità, quale scelta tra comportamenti idonei alla soddisfazione di un pubblico interesse, è stata sottoposta a critica dalla dottrina successiva⁴.

In primo luogo è stato rilevato che, nel contesto attuale di pluralismo delle amministrazioni pubbliche, non è possibile identificare in astratto un unitario e monolitico interesse pubblico che la P.A. deve attuare; si è ulteriormente osservato che, in uno Stato democratico quale è quello italiano, siccome disegnato dalla vigente Costituzione repubblicana, non è consentito avere una visione dell'interesse privato sempre in opposizione e subordinato a quello pubblico; quindi, valorizzando la regola dell'imparzialità posta dall'art. 97 Cost., si è desunto da essa che la P.A., nel perseguire l'attuazione di un interesse pubblico primario - che costituisce la ragione dell'attribuzione del potere - deve tenere conto anche dell'ampio spettro di interessi secondari, sia pubblici che privati, che sono presi in considerazione dalla stessa norma attributiva del potere,

¹ Causa che, come è noto, si concreta nell'interesse pubblico che giustifica l'attribuzione del potere.

² Inteso come elemento unitario e obiettivo, mentre gli interessi privati possono essere soddisfatti solo subordinatamente e occasionalmente.

³ Ad esempio, un potere attribuito per curare gli interessi connessi alla salute pubblica, può essere esercitato, verificatasi un'epidemia concernente animali, o ordinando l'abbattimento, oppure l'isolamento e la cura, a seconda delle finalità che si vogliono perseguire nel caso concreto.

⁴ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984.

la cui consistenza può far variare quella dell'interesse primario, fino addirittura a poterlo sopprimere (provvedimento negativo).

Il procedimento attraverso il quale si svolge la discrezionalità assume rilievo giuridico e l'agire è determinato da criteri giuridici in forza dell'individuazione, implicita o esplicita, dell'interesse da attuare, fatta però in modo da imporre all'agente di tenere conto anche di altri interessi che concorrono o accedono a quello principale.

In altri termini, ogni norma attributiva di potere discrezionale consente di individuare l'interesse primario da attuare, ma obbliga nel contempo ad attuarlo tenendo conto anche di altri interessi, pubblici o privati, in questo senso secondari, ma il cui rilievo potrebbe far variare il valore dell'interesse-fine in maniera da terminare un modo più complesso e articolato di esercizio del potere o addirittura da condurre all'annullamento del suo valore, legittimando il provvedimento negativo.

Sulla base di queste premesse, l'essenza della discrezionalità risulta essere quella di un'attività non solo intellettuale e di giudizio, quale comparazione e ponderazione dei diversi interessi in conflitto, ma soprattutto volitiva, quale scelta di valore di quello preminente, essendo l'amministrazione chiamata dalla legge a completare la fattispecie mediante l'applicazione di regole ricavabili dai principi generali che regolano la sua azione.

Occorre avvertire subito che l'attuale nozione di discrezionalità, come sopra descritta, condivisa ormai dalla prevalente giurisprudenza, conduce ad un radicale ridimensionamento del suo ambito: infatti, potrà dirsi che una norma - o, più esattamente, un complesso di norme - attribuisca un potere discrezionale solo quando prende in considerazione, unitamente all'interesse primario, altri interessi diversi, da comparare con il primo, mentre deve escludersi che sia stato attribuito un potere discrezionale se l'interesse da attuare è uno soltanto ed è stato scelto e predefinito dal legislatore. L'essenza del potere discrezionale, così individuata, rende altresì evidente che innumerevoli sono gli elementi che intervengono a comporre il giudizio e portano alla scelta, con variabili tali per cui un atto può essere ritenuto opportuno, o no, a seconda dell'indirizzo politico seguito (ad esempio, assicurare l'economicità di una gestione, oppure salvaguardare i livelli occupazionali).

Dall'impossibilità di definire *a priori* un *optimum* teorico, si è così giunti alla conclusione che la sfera discrezionale è retta solo dalle regole giuridiche che obbligano all'esercizio corretto del potere, mentre non sono configurabili regole non giuridiche o di merito, riscontrandosi soltanto la presenza di criteri empirici e prescrizioni politiche.

2.1. *Le norme attributive del potere discrezionale e i contenuti della discrezionalità*

Non sempre è agevole stabilire se un potere è attribuito dalle norme come vincolato o come discrezionale; addirittura, il dubbio può investire in radice la presenza di una fattispecie attributiva di potere.

La dottrina ha tentato di individuare alcune caratteristiche delle norme attributive di potere discrezionale: disposizioni espresse in forma disgiuntiva, nel senso che contengono diversi modi di agire alternativi; norme c.d. permissive, nel senso che prevedono facoltà e non obblighi, ma non sembra che possa attribuirsi rilievo decisivo al fatto che la lettera della legge si esprima con un "può"; norme che richiedono la formulazione di giudizi di valore, che non sono quelle che chiamano gli organi amministrativi ad agire sulla base di concetti indeterminati, come il buon costume, la decenza, in relazione ai quali l'azione amministrativa si mantiene sul terreno meramente interpretativo della legge. Ma si è sostanzialmente d'accordo che l'indagine vada compiuta caso per caso, spesso estendendola ad un ampio spettro di norme, e che i criteri sopra elencati soccorrono con il valore di meri elementi indiziari.

La discrezionalità può presentare, nelle singole fattispecie, contenuti molto diversi. Può concernere infatti: l'*an* del provvedimento, ma non nel senso che l'amministrazione sia libera di esercitare il potere (libertà che non può esservi, in presenza di una "funzione"), ma nel senso che può scegliere tra l'emanazione e la non emanazione dell'atto, posto che anche il provvedimento negativo costituisce esercizio del potere; il *quid*, o contenuto, in relazione al quale può aversi totale libertà (atti amministrativi a contenuto atipico: come è il caso, ad esempio, delle ordinanze di necessità), o libertà nell'ambito di determinati parametri (alcune sanzioni amministrative; valutazione dei candidati di un concorso; inserimento di clausole accessorie in un provvedimento concessorio); il *quomodo*, se l'amministrazione può scegliere tra diversi procedimenti o diverse forme dell'atto da adottare; il *quando*, se è rimessa all'amministrazione la determinazione del momento nel quale emanare l'atto.

Sulla base dei diversi contenuti della discrezionalità, gli atti amministrativi possono distinguersi in:

- a) “atti facoltativi a contenuto discrezionale” (discrezionalità dell'*an* e del *quid*);
- b) “atti facoltativi a contenuto vincolato” (libero è soltanto l'*an*, dovendo il provvedimento positivo necessariamente avere il contenuto determinato dalla legge: ad esempio, porto d'armi);
- c) “atti vincolati nell'emanazione, ma discrezionali nel contenuto”, cioè nel *quid* (una sovvenzione che si ha diritto di ottenere, ma in una misura che l'amministrazione fissa discrezionalmente tra il minimo e il massimo stabilito dalla norma);
- d) “atti vincolati nell'emanazione, ma subordinatamente all'accertamento di determinati presupposti di fatto” (si tratta di ipotesi in cui è dubbio se sia configurabile discrezionalità in senso proprio, trattandosi di mera discrezionalità tecnica);
- e) “atti vincolati soltanto nel *quando*”, allorché il potere debba essere esercitato entro un termine perentorio.

Si tratta di distinzioni sostanzialmente di carattere descrittivo, praticamente rilevanti solo ai fini del potere di controllo sostitutivo (concepibile soltanto per gli atti vincolati nell'emanazione) e della formazione del silenzio rifiuto⁵.

3. Il "merito" riservato all'amministrazione

Con il termine "merito amministrativo" si designa quella zona dell'esercizio del potere discrezionale che non può essere oggetto di sindacato - salve le tassative previsioni di giurisdizione "anche in merito" - in sede giurisdizionale, perché il controllo del giudice sull'esercizio del potere è limitato alla legittimità, restando le valutazioni di merito riservate all'amministrazione.

Al "merito" si riferisce lo stesso art. 97 Cost. nel prescrivere che deve essere assicurato il "buon andamento" dell'amministrazione, il che vuol dire che la P.A. non deve limitarsi a scegliere in modo legittimo, compreso il rispetto della correttezza deontologica (controllabile sotto il profilo del vizio di eccesso di potere), ma anche opportuno, cioè nel modo più economico ed efficiente possibile.

In definitiva, quella che potremmo definire come la zona del merito comincia dove finisce l'area della sindacabilità dell'attività amministrativa sotto il profilo del vizio di eccesso di potere; dove finiscono, cioè, i vincoli giuridici dell'attività discrezionale in quanto attività funzionalizzata. Una zona di confine, questa, che l'esperienza dimostra essere molto difficile da delimitare con un livello di precisione accettabile. Sul piano dogmatico, però, non tutti sono d'accordo con questa impostazione, che cioè la nozione di merito sia compresa in quella di discrezionalità, esprimendo il merito soltanto il limite oltre il quale non può penetrare il sindacato sull'eccesso di potere.

In dottrina, infatti, è stata anche espressa l'opinione⁶ secondo la quale discrezionalità e merito sono nozioni distinte, in quanto il c.d. "merito" indica l'adeguatezza della scelta discrezionale, la corrispondenza tra essa e i risultati conseguiti, esprimendo in definitiva la relazione tra il mezzo impiegato (l'atto emanato con un certo contenuto) e il risultato ottenuto in termini di opportunità e di adeguatezza. In questa prospettiva, discrezionalità e merito, pur non contrapponendosi, verrebbero a collocarsi su basi distinte, in quanto la prima si sostanzia nella facoltà di scelta tra modi possibili di curare il pubblico interesse, il secondo attiene al confronto tra gli effetti prodotti dall'atto adottato e i risultati che si sarebbero dovuti conseguire in base ai principi di buona amministrazione, cioè in base ai parametri dell'opportunità e della convenienza.

La descritta visione del fenomeno risulta generalmente non condivisa, non soltanto perché scaturisce da una nozione di discrezionalità diversa da quella delineata dalla più recente cultura giuridica, ma soprattutto perché condurrebbe al risultato di restringere eccessivamente il sindacato di legittimità, atteso che

⁵ Al riguardo, è appena il caso di osservare che se l'amministrazione è libera di provvedere sull'istanza di un soggetto, costui non è titolare di una situazione di interesse legittimo, tutelabile mediante l'impugnazione del silenzio rifiuto.

⁶ P. VIRGA, *Diritto amministrativo, 2. Atti e ricorsi*, Milano, 1996.

anche risultati incongrui, contrari al principio di ragionevolezza, possono rilevare come ipotesi di vizio di eccesso di potere⁷. L'opinione dominante ritiene, quindi, come già precisato all'inizio del discorso, che si tratti di nozioni coincidenti in quanto è merito tutto ciò che attiene a una scelta discrezionale, non sindacabile sotto il profilo della legittimità.

Tuttavia, all'interno di tale opinione dominante, vi è chi ritiene l'impossibilità di concepire "regole" di buona amministrazione, non essendo ipotizzabile una regola ottimale del caso concreto in presenza di variabili, come l'indirizzo politico, certamente non riconducibile a una regola; di conseguenza, la sfera dell'opportunità coinciderebbe senza residui con quella della discrezionalità, costituendo il merito un mero predicato negativo nel senso che non può esistere un vizio di merito⁸.

Esprimendo tale posizione, si viene a concordare con la dottrina che reputa essere discrezionalità e merito nozioni distinte nel negare che possa concepirsi una giurisdizione di "merito": un giudice, si dice, non può essere tale se non ha regole da applicare al caso concreto; un giudice non può valutare la congruità dei risultati raggiunti con la scelta amministrativa senza trasformarsi in amministratore.

Per la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, invece, l'art. 97 Cost. e le altre norme che specificano il principio, imponendo all'amministrazione di agire nella maniera più congrua per realizzare l'interesse pubblico generico e specifico, non consentono di concepire il "merito" come giuridicamente irrilevante, appartenente alla sfera propria e impenetrabile dell'amministrazione⁹.

Dal principio di buona amministrazione discende il dovere della P.A. sia di esercitare correttamente il potere, sia di osservare regole non giuridiche (di economicità, opportunità, efficienza), che non appartengono all'ordinamento generale, ma che l'amministrazione deve darsi e rispettare nell'ambito del suo ordinamento particolare.

Pertanto, è da considerarsi in generale merito tutto ciò che attiene alla scelta discrezionale: lo svolgersi dell'attività discrezionale, amministrativa o tecnica, e il rispetto delle norme di buona amministrazione.

Nessuna differenza ontologica, quindi, vi è tra merito e discrezionalità, risolvendosi la distinzione nel tipo di sindacato ammesso: quello di legittimità è esterno e indiretto (a mezzo di sintomi), in quanto volto a verificare esclusivamente la correttezza dell'iter seguito, senza valutazione diretta della situazione o rinnovazione degli apprezzamenti già compiuti; al contrario, il sindacato di merito è diretto, in quanto l'uso del potere viene interamente riesaminato, mediante una completa valutazione della situazione e un rifacimento degli apprezzamenti già compiuti, comportando in sostanza, la

⁷ Ad esempio, se di fronte all'illecito disciplinare dell'impiegato, la P.A. ha il potere sia di procedere a un semplice richiamo che di irrogare la misura disciplinare della censura, sarebbe il principio di opportunità ad imporre l'uno o l'altro provvedimento, restando escluso il sindacato del giudice sulla congruità, la proporzionalità, la ragionevolezza della scelta.

⁸ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit.

⁹ Cfr. V. OTTAVIANO, voce *Merito (Diritto amministrativo)*, in *Noviss. Digesto it.*, X, 1964.

possibilità di sostituirsi interamente all'organo che ha emanato l'atto. In effetti, si osserva, se la P.A. non gode mai di libertà ma solo di poteri funzionalizzati, la discrezionalità non può mai comportare assenza di regolamentazione giuridica, rappresentando semplicemente un particolare modo di regolamentazione (vincolo nella direttive e libertà nella concreta determinazione), con la conseguenza di poter ritenere ammissibile il sindacato di qualsiasi valutazione discrezionale, solo che, nel diritto positivo, il sindacato stesso è, di norma, limitato alla sola legittimità. Una volta giunti alla conclusione che tutto il contenuto dell'attività discrezionale è giuridicamente rilevante e sono configurabili anche regole di buona amministrazione, ne discende che il legislatore è libero di estendere il sindacato giurisdizionale al rispetto dei canoni di opportunità e convenienza e, nei casi in cui ciò avviene (le ipotesi tassative di giurisdizione amministrativa "anche in merito"), le regole di buona amministrazione non sono più interne, proprie esclusivamente dell'ordinamento della P.A., ma diventano norme giuridiche esterne, componenti l'ordinamento giuridico generale. In quest'ultima ipotesi, il vizio di merito è *in toto* parificato al vizio di legittimità: l'atto che ne sia affetto è dunque annullabile in sede di autotutela, di ricorso amministrativo ordinario, nonché di ricorso giurisdizionale.

Ma anche fuori dalle ipotesi sopra riferite - che sono eccezionali - l'esistenza di regole di merito dovrebbe indurre a ritenere che si possa legittimamente parlare di annullamento dell'atto inopportuno, con la decisione su ricorso amministrativo ordinario o in sede di autotutela in senso stretto, solo che, in forza del principio della certezza dei rapporti e dell'uguaglianza tra i soggetti dell'ordinamento¹⁰, l'annullamento per violazione delle regole interne dell'ordinamento dell'amministrazione non può che avere efficacia *ex nunc*.

4. *La c.d. discrezionalità tecnica e il merito amministrativo*

Sulla scorta delle considerazioni generali sopra svolte, deve ora precisarsi la natura di quell'attività amministrativa che si designa col termine di "discrezionalità tecnica". Sono numerosi i casi in cui l'amministrazione deve formulare giudizi che richiedono l'applicazione di conoscenze proprie di discipline diverse da quella giuridico-amministrativa (agraria, matematica, ingegneristica, medicina ecc.), secondo le regole della scienza e della tecnica.

Può accadere, per esempio, che sia necessaria una valutazione di carattere tecnico circa la condizione di una cosa (requisiti che deve avere un autoveicolo per circolare) o di una persona (idoneità fisica per assumere un impiego), la qualificazione di un oggetto per l'applicazione di una norma (se una sostanza sia tossica; se una malattia sia infettiva), l'intensità di una qualità (se le esalazioni di uno stabilimento industriale siano nocive tanto da imporre la chiusura), l'efficacia dei mezzi prescelti (es. apparecchiature di un ospedale).

¹⁰ Si ricordi che il privato non può impugnare l'atto con ricorso giurisdizionale per vizi di merito.

E' opportuno, però, precisare a questo punto che non si è nell'ambito della c.d. discrezionalità tecnica quando si tratta di eseguire meri “accertamenti tecnici”, di svolgere, cioè, procedimenti di conoscenza relativi a dati di assoluta certezza (ad esempio: misure di un fondo; constatazione del grado alcolico di una bevanda), nei quali manca ogni tipo di valutazione e di giudizio.

Quanto osservato sembra ora trovare conferme esplicite nel diritto positivo. Infatti, la legge n. 241/1990 in materia di procedimento amministrativo, distingue sul piano del regime giuridico, il parere amministrativo (art. 16) dalla valutazione tecnica (art. 17); ancora, la liberalizzazione dell'attività dei privati attuata dalla medesima legge con l'art. 19 (nel testo introdotto dal comma 10 dell'art. 2 legge n. 537/1993) è esclusa se sono necessarie valutazioni tecniche discrezionali, implicanti cioè giudizi, apprezzamenti, caratterizzati dall'opinabilità, che consentono soltanto la semplificazione della procedura di rilascio dell'atto permissivo prevista dall'art. 20 del medesimo testo normativo, il che permette di argomentare a contrario che la fattispecie di cui all'art. 19 può sussistere quando sono necessari meri accertamenti, mere verifiche tecniche.

Il problema della discrezionalità tecnica, quindi, è limitato al campo dell'applicazione delle regole della scienza e della tecnica che danno luogo a giudizi laboriosi e soprattutto opinabili, atteso che, caduto ormai il dogma della certezza della scienza, l'opinabilità è per essi una caratteristica ricorrente.

La risposta al quesito se la discrezionalità tecnica rientri in quella amministrativa o se, invece, la sua essenza sia quella dell'attività vincolata, è già contenuta nella definizione stessa di potere discrezionale, quale in precedenza esposta con riferimento all'opinione attualmente dominante in dottrina e nella giurisprudenza.

Quando l'amministrazione deve limitarsi ad un apprezzamento tecnico significa che la valutazione degli interessi è stata già compiuta dal legislatore e si tratta soltanto di verificare la sussistenza in concreto di quello che deve essere attuato, senza possibilità di comparazione e scelta tra i diversi interessi che vengono in rilievo; impropriamente, quindi, si adopera il termine “discrezionalità”, in presenza di un'attività che ad ogni effetto resta compresa nell'area di quella vincolata.

Facendo propri questi concetti la giurisprudenza civile ha aumentato notevolmente il “catalogo” dei diritti soggettivi del cittadino nei confronti della P.A. Infatti, in correlazione con il progressivo aumento dei compiti affidati ai pubblici poteri, sono sempre più numerose le norme che proteggono direttamente gli interessi degli amministrati disponendo che il soggetto pubblico deve agire in base a più o meno articolati procedimenti e giudizi tecnici. Mentre, in un passato relativamente recente, molte delle predette situazioni soggettive ricevevano la qualificazione di interesse legittimo nell'ambito di una relazione vista in termini strutturali di “potestà – soggezione”, ora non si dubita più che si tratti di diritti soggettivi e di rapporti giuridici.

La conseguenza di rilievo è che la tutela del diritto rimasto insoddisfatto non si atteggia verso la P.A. in maniera diversa da quanto avviene nei rapporti tra privati: il giudice ordinario, chiamato ad accertare l'esistenza del diritto, negato

in base al giudizio tecnico emesso in sede amministrativa, ha il potere di rifare interamente quel giudizio - avvalendosi eventualmente dell'opera di consulenti tecnici - senza che in tal modo venga ad interferire con i poteri riservati all'amministrazione, in quanto non si tratta di controllare l'esercizio della discrezionalità - per definizione assente - ma solo di verificare la sussistenza della situazione giuridica prevista dalla legge.

Una delle più importanti conseguenze indotte dall'esclusione della cosiddetta “discrezionalità tecnica” dall'ambito di quella propria o amministrativa concerne il regime della responsabilità civile dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.¹¹

Premesso che una fattispecie di responsabilità civile è configurabile solo se all'amministrazione non è attribuito il potere di incidere sul diritto soggettivo, risulta chiaro che il giudice ordinario, una volta ritenuta l'ammissibilità del rimedio risarcitorio, nella ricerca della colpa, non può incontrare il limite dell'insindacabilità del potere discrezionale, dal momento che di altro non può trattarsi che di una discrezionalità meramente tecnica (ad esempio: le modalità costruttive di un'opera pubblica; la scelta di determinati macchinari, ecc.), atteso che il precetto dettato dall'art. 2043 cod. civ. rappresenta il limite della discrezionalità.

Il tema dell'attività tecnico-discrezionale dell'amministrazione deve ora essere affrontato dal versante del potere e dell'interesse legittimo.

E' evidente che risultano frequenti anche le ipotesi in cui, sopra un giudizio tecnico ed in un momento logicamente successivo, vengono ad innestarsi giudizi e scelte amministrative in senso proprio, e ciò in quanto la legge attribuisce all'amministrazione il potere di provvedere una volta formulato un giudizio tecnico (ad esempio: accertata un'epidemia di animali, si può decidere, all'esito della ponderazione tra diversi interessi, di abbattere quelli infetti, di isolarli, di curarli).

Si parla, al riguardo, impropriamente, di “discrezionalità mista”, al fine di descrivere una situazione che vede la discrezionalità radicarsi su giudizi tecnici, restando però da essi nettamente distinta e collocata su di un piano differente¹².

Nessun dubbio, quindi, che la “discrezionalità mista” resti tutta compresa entro la discrezionalità amministrativa, concretandosi in provvedimenti che affievoliscono gli eventuali diritti soggettivi implicati nell'area del potere esercitato, con la conseguenza che gli amministrati non possono che subire pregiudizio negli interessi legittimi e la tutela è quella della demolizione dell'atto ad opera del giudice amministrativo.

Il problema che si pone a questo punto è quello di stabilire entro quali limiti sia consentito far valere l'errore commesso dall'amministrazione nel giudizio tecnico sul quale la decisione amministrativa, quale espressione di discrezionalità, è stata fondata. Ora, com'è noto, fuori delle ipotesi tassative di “giurisdizione

¹¹ Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile, I. La responsabilità extracontrattuale*, Roma, 2011, 738 ss.

¹² Tanto è vero che potrebbe darsi che tecnicamente siano consigliabili certe misure, ma se ne adottano altre a causa della preponderanza di determinati interessi.

anche in merito”, il giudice amministrativo può annullare l'atto soltanto se lo stesso risulti affetto da un vizio di legittimità (incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere); ciò significa che il c.d. “vizio tecnico” non può avere un'autonoma rilevanza, ma deve tradursi in vizio di legittimità del provvedimento amministrativo¹³; se invece il vizio tecnico non è riconducibile ad alcuno dei vizi di legittimità dell'atto, ma consiste semplicemente in una cattiva valutazione, in un giudizio diverso da quello che l'interessato ritiene esatto, si resta nel campo proprio del c.d. “merito amministrativo”, cioè delle valutazioni di mera opportunità e convenienza riservate dall'ordinamento alla P.A. e che il giudice, quindi, non può in alcun modo sottoporre al proprio sindacato.

Un problema più complesso, almeno dal punto di vista sistematico, presentano le ipotesi in cui, se deve escludersi la sussistenza di un diritto soggettivo perché la P.A. è chiamata ad applicare esclusivamente norme di azione, il potere è tuttavia rigidamente vincolato dal giudizio tecnico, che ne costituisce il presupposto necessario e sufficiente¹⁴.

Il fenomeno è quello di una fattispecie che deve pur sempre essere completata dalla P.A., mediante l'emanazione di un atto, non però soggettivamente, esprimendo valutazioni e scelte, ma oggettivamente, accertando in concreto la sussistenza della situazione prevista dalla legge.

Anche in questi casi, quindi, si ha un provvedimento amministrativo, i.e. un atto di esercizio del potere che il giudice amministrativo può sindacare soltanto dall'esterno, verificandone la legittimità. Ma si tratta di un atto vincolato e generalmente si conviene che per gli atti di tale natura non è concepibile la sfera del merito e non sarebbe, di conseguenza, configurabile il vizio di eccesso di potere.

Ciò nondimeno, la giurisprudenza amministrativa, sebbene premetta che l'attività tecnico-discrezionale è sostanzialmente di carattere ricognitivo e conoscitivo, non di carattere volitivo e decisionale¹⁵, la riconduce tuttavia al piano del merito dell'azione amministrativa, come tale insindacabile finché non si concreta in un vero e proprio vizio di eccesso di potere.

Senonché la medesima giurisprudenza amministrativa è altrettanto consolidata nell'affermare che gli atti vincolati della P.A. non possono essere viziati sotto il profilo dell'eccesso di potere, dal momento che solo l'attività discrezionale può essere affetta da tale tipologia di vizio di legittimità.

¹³ Ad esempio: si tratterà di una “violazione di legge” se è mancato il tipo di giudizio tecnico previsto dalla norma o non è stato emesso dall'organo competente; viceversa, saremo dinanzi ad un “eccesso di potere” se l'indagine tecnica ha omesso di prendere in considerazione elementi e dati collegati a determinati interessi, se un errore di calcolo ha cagionato un travisamento del fatto, ecc.

¹⁴ Come accade, ad esempio, per molte autorizzazioni vincolate; per l'atto di nomina a pubblico impiegato del concorrente risultato idoneo e vincitore; per la dispensa dal servizio dell'impiegato per inidoneità fisica, ecc.

¹⁵ E questo il motivo per il quale, ancorché culmini in un giudizio, si ritiene che tale attività non integri una manifestazione di discrezionalità amministrativa *stricto sensu*, atteso che la scelta è stata *a priori* effettuata dallo stesso legislatore.

Parrebbe allora di dover concludere che, quando il legislatore affida una situazione alla cura della P.A. conferendole il potere di costituirla, modificarla o estinguerla mediante atti provvedimenti da adottare, in modo vincolato, sulla base di un'attività tecnico-discrezionale, al giudice è precluso ogni sindacato sulla bontà del giudizio tecnico, che tuttavia la P.A. medesima è tenuta a formulare nel miglior modo possibile in base al principio del buon andamento dell'azione amministrativa *ex art. 97 Cost.*

L'attività discrezionale, pertanto, non concerne direttamente l'atto (di natura vincolata) ma la mera potestà di organizzarsi nella maniera più adeguata per pervenire a un giudizio tecnico corretto, sicché ben può dirsi che, nella fattispecie, è l'esercizio di tale potere ad essere l'oggetto di un eventuale sindacato giurisdizionale sotto il profilo del vizio di eccesso di potere.

Quanto esposto in ordine alla rilevanza del “vizio tecnico” nel giudizio amministrativo, pone in evidenza la differenza di maggior rilievo, almeno allo stato attuale dell'ordinamento e degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza (non sempre coincidenti con le posizioni espresse dalla dottrina), tra tutela dei diritti soggettivi e tutela degli interessi legittimi, tra giudizio sul rapporto giuridico e giudizio sull'atto: mentre il giudice del rapporto accerta direttamente e pienamente la situazione giuridica quale disegnata in via originaria dalle norme, il giudice dell'atto¹⁶ si trova di fronte a una realtà “filtrata” dall'atto, del quale deve controllare la legittimità, senza poter sostituire e rifare gli apprezzamenti demandati all'autorità competente alla sua emanazione.

Dalle precedenti considerazioni dovrebbe discendere che, allorché il giudice amministrativo è competente in materia di rapporti giuridici e diritti soggettivi – ovvero nel caso in cui ad esso sia attribuita una giurisdizione esclusiva - i suoi poteri non sono sostanzialmente diversi da quelli del giudice ordinario.

In definitiva, è possibile affermare, in termini di principio generale, che di fronte al diritto soggettivo non è configurabile alcuna ipotesi di “merito amministrativo” giuridicamente rilevante, con l'ulteriore conseguenza che, in materia di diritti soggettivi, non è consentito attribuire alle previsioni normative di giurisdizione amministrativa “anche in merito” lo stesso significato che assume allorché la tutela concerna gli interessi legittimi.

5. *Attività amministrativa e situazioni soggettive*

Si tratta ora di analizzare le diverse situazioni soggettive configurabili di fronte all'attività amministrativa, a seconda della natura e del contenuto di essa, con la conseguente determinazione dei mezzi di tutela (in senso ampio) fruibili dagli interessati.

Di fronte agli atti politici, ad esempio, la tutela non può che essere politica: la presenza di un atto politico determina il difetto assoluto di giurisdizione del giudice (di ogni tipo di giudice) eventualmente adito per qualsiasi pretesa (anche

¹⁶ Che è colui che deve sindacare in sede processuale, sotto il profilo della legittimità, l'esercizio del potere che l'ordinamento ha attribuito alla P.A.

di tipo meramente risarcitorio di eventuali danni patiti); né risultano proponibili i ricorsi amministrativi.

Per l'atto in cui si esprime l'indirizzo amministrativo, il problema è quello di qualificare l'atto stesso come amministrativo e di verificare la sussistenza dell'interesse all'impugnativa e, in caso positivo, i limiti del sindacato giurisdizionale. In termini analoghi si presenta la situazione degli amministrati dinanzi agli atti c.d. di alta amministrazione.

Dalle precisate nozioni di discrezionalità e di merito amministrativo discende che le situazioni giuridiche soggettive implicate nell'esercizio del potere discrezionale della P.A. non possono avere la consistenza del diritto soggettivo.

Trattasi del corollario della teoria dell'imperatività dell'atto amministrativo: se la norma attribuisce all'amministrazione un potere discrezionale nel presupposto che l'esercizio debba incidere su diritti soggettivi, questi sono resi penetrabili dal pubblico potere, così da risultare, nello scontro con esso, degradati (o affievoliti).

È pertanto esatta l'equazione "potere discrezionale = interesse legittimo", situazione soggettiva tutelabile dal giudice amministrativo con la misura dell'annullamento dell'atto.

Non è vero però il contrario, che cioè l'attività vincolata sia sempre correlata ad un diritto soggettivo, atteso che il diritto soggettivo è configurabile solo in presenza di norme dettate in funzione della protezione degli interessi privati e della delimitazione delle rispettive sfere giuridiche (c.d. norme di relazione), mentre, allorché le norme risultino dettate esclusivamente in funzione della realizzazione di interessi pubblici (c.d. norme di azione), l'interesse privato ha ugualmente la consistenza dell'interesse legittimo, pur di fronte ad attività vincolata (si pensi, ad esempio, all'assunzione di pubblici impiegati secondo criteri rigidi, prefissati da norme).

In altri termini, se la legge delinea una fattispecie che, per essere completata, richiede necessariamente l'emanazione di un atto dell'amministrazione, atto che il giudice non può sostituire, né ordinarne l'emanazione, il privato versa in una mera situazione di interesse legittimo. Nel caso in cui, infine, il potere discrezionale risulti legittimamente esercitato sotto tutti i profili e l'interessato ponga in discussione l'opportunità della scelta, cioè il merito, la tutela giurisdizionale è accordata dall'ordinamento soltanto nelle ipotesi tassative, eccezionali nel sistema, di giurisdizione "anche in merito" del giudice amministrativo.

Fuori da queste ipotesi, la situazione soggettiva in cui versa l'amministrato è quella cosiddetta di "interesse semplice".

L'interesse all'opportunità e alla convenienza dell'azione amministrativa può essere soddisfatto dalla stessa P.A., in sede di autotutela in senso stretto, mediante l'esercizio del potere di revoca dell'atto, oppure con l'esercizio della funzione c.d. "giustiziale", decidendo un ricorso amministrativo ordinario (perciò, per designare l'interesse semplice, si parla di "interessi amministrativamente protetti").

La circostanza che il sistema dei ricorsi amministrativi (ordinari), mentre fornisce una tutela semplicemente complementare e facoltativa rispetto a quella

giurisdizionale per i diritti e gli interessi legittimi, costituisca per gli interessi semplici l'unico mezzo per rappresentarli e farli in qualche modo valere, restando l'amministrazione obbligata ad emanare una decisione sull'istanza, consente di comprendere l'importanza del problema del valore da attribuire al silenzio dell'amministrazione protratto per un certo periodo dopo la presentazione del ricorso.

Infatti, solo attribuendo al silenzio la natura giuridica di mera inerzia, di inadempimento, e non quella di decisione implicita, risulta possibile attivare gli strumenti idonei a costringere l'amministrazione stessa a prendere in considerazione il ricorso per valutarne le ragioni.

6. *Amministrazione attiva, consultiva, di controllo; attività interna ed esterna*

La più importante delle varie distinzioni elaborate dalla dottrina nell'ambito dell'attività amministrativa è senza alcun dubbio quella che si rifà al contenuto che, in concreto, essa può assumere. Proprio in relazione al suo concreto contenuto, dunque, si è soliti distinguere l'azione di diritto pubblico dell'amministrazione in attiva, consultiva e di controllo.

L'amministrazione attiva si configura come quel tipo di attività con la quale la P.A., a mezzo dei suoi organi, statuisce in ordine alla sfera giuridica propria e/o a quella dei terzi, ovvero porta ad esecuzione quanto già statuito, sempre in vista dei fini concreti alla cui realizzazione è diretta l'azione amministrativa.

In buona sostanza tale attività è diretta al concreto perseguimento dei fini della P.A. e trova attuazione attraverso una attività propriamente deliberativa, consistente nell'emanazione di atti e provvedimenti amministrativi, e attraverso una attività esecutiva di precedenti statuizioni.

Vi rientrano quindi tanto gli atti di organizzazione, che i provvedimenti in grado di incidere, costituendole, modificandole o estinguendole, sulle situazioni giuridiche degli amministrati.

Sono espressione di amministrazione attiva anche i procedimenti e gli atti c.d. di secondo grado, sia quelli rivolti per iniziativa della stessa amministrazione titolare del potere al riesame o alla revisione di quanto deciso in precedenti procedimenti (c.d. autotutela in senso stretto o proprio), che quelli la cui funzione è il riesame della correttezza di un atto precedente su ricorso dell'amministrato (c.d. funzione giustiziale, forma particolare di amministrazione attiva retta da regole peculiari).

Nell'ambito dell'amministrazione attiva è da comprendere anche l'attività non autoritativa, mediante la quale l'amministrazione si organizza per adempiere ai suoi doveri ed obblighi e manifesta verso l'esterno la volontà di adeguarsi a determinate regole.

L'amministrazione consultiva, invece, si caratterizza perché gli atti che ne sono espressione hanno la natura di giudizi, di valutazioni, non di dichiarazioni di volontà. Di conseguenza, in nessun caso tali atti possono avere effetti costitutivi fuori dell'ordinamento particolare dell'amministrazione, risolvendosi la loro funzione in ausilio per l'amministrazione attiva.

Discende dalle caratteristiche di tale funzione il fatto che deve di norma essere esercitata preventivamente; che non può essere esercitata spontaneamente, ma su richiesta degli organi di amministrazione attiva, richiesta che produce l'obbligo di svolgere la funzione consultiva; che sebbene fornisca ausilio all'attività discrezionale, non è essa stessa discrezionale, mancando nell'atto consultivo il momento propriamente volitivo, che è invece caratteristica peculiare dell'atto propriamente discrezionale.

L'atto tipico attraverso il quale si esplica tale attività consultiva è il "parere", che, per il contenuto delle valutazioni, la legge distingue sia dalle mere verificazioni che dalle valutazioni tecniche (cfr. gli art. 16 e 17 I. 241/1990). Nell'ordinamento italiano organo consultivo a competenza generale è il Consiglio di Stato, mentre a competenza speciale sono i vari Consigli superiori presso i rispettivi ministeri (es. Consiglio universitario nazionale, Consiglio Superiore dei lavori pubblici).

L'amministrazione di controllo, a differenza di quella consultiva, è quella destinata a sindacare alla stregua del diritto (controllo di legittimità) o delle regole di buona amministrazione (controllo di merito) l'operato degli organi di amministrazione attiva¹⁷.

Essa si esprime in atti che innovano direttamente la precedente situazione giuridica (ad esempio, gli atti di controllo negativo non consentono che un atto di amministrazione attiva espliciti l'efficacia che gli è propria; i controlli sulla gestione, producono a loro volta una serie di effetti, ecc.), ma, al pari di quella consultiva, non costituiscono manifestazione di volontà, risolvendosi esclusivamente in una attività di giudizio circa la conformità dell'azione di organi di amministrazione attiva a determinati parametri. Si tratta quindi di attività che l'organo competente ha il dovere di porre in essere e di natura non discrezionale.

Alcuni organi hanno istituzionalmente competenza a svolgere determinati controlli (è il caso della Corte dei Conti), ma a svolgere la funzione di controllo possono essere competenti anche organi che normalmente svolgono funzioni di amministrazione attiva.

Altra fondamentale distinzione è quella tra attività esterna e attività interna: la prima si esprime mediante atti e comportamenti che producono immediatamente effetti giuridici nell'ordinamento generale, realizzando relazioni e rapporti intersoggettivi, non intercorrenti, cioè, tra organi e/o uffici dello stesso apparato organizzatorio ma fra soggetti distinti (fra diverse figure soggettive pubbliche o fra P.A. e soggetti privati); la seconda si esplica e produce i suoi effetti nell'ambito dell'apparato organizzatorio dell'amministrazione, non assumendo mai direttamente giuridica rilevanza nell'ordinamento generale, cioè nelle relazioni intersoggettive.

Gli atti in cui si esprime l'attività interna sono sia particolari che generali (ordini, istruzioni, circolari, regolamenti, prassi, ecc.) e tendono ad attuare il precetto del buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost.

¹⁷ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

Nell'ambito dell'attività interna è possibile operare un'ulteriore distinzione, tra l'attività interna c.d. “pura”, o in senso stretto, che è normalmente priva di qualsiasi rilievo presso l'esterno (ad esempio, richiesta di un parere a un ufficio studi della stessa amministrazione), salvo il rilievo esterno che può avere nell'ambito del rapporto di servizio (nel quale viene in considerazione una relazione tra soggetti diversi), e l'attività interna indirettamente rilevante verso l'esterno, nel senso che determina il contenuto di un atto esterno perché rappresenta un atto del procedimento (pareri, proposte, designazioni, atti generali con cui vengono dettati i criteri per l'esercizio del potere discrezionale), necessario e strumentale rispetto all'atto esterno, sul quale andranno a riflettersi gli eventuali vizi di legittimità degli atti interni.

7. *Attività di indirizzo politico e indirizzo amministrativo*

L'art. 95 Cost., testualmente sancendo al primo comma, che il “Presidente del Consiglio dei Ministri dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. Mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri”, offre, unitamente ad altre fonti del diritto, primarie e secondarie, statali e regionali, una base di diritto positivo, oltre che dogmatica e di teoria generale, alla nozione di “indirizzo” quale funzione spettante alla P.A.

Nell'ambito delle funzioni generali dell'amministrazione, la funzione di indirizzo si colloca al più alto livello, subito dopo la funzione normativa e prima, logicamente e cronologicamente, delle funzioni di coordinamento e programmazione.

Indubbiamente, dal punto di vista strutturale, l'esercizio del potere di indirizzo è caratterizzato dalla libertà del processo decisionale che culmina nell'adozione di una determinata scelta (ad esempio, privilegiare, della formazione di un piano regolatore, lo sviluppo industriale o quello agricolo), che si estrinseca nella formazione di una regola generale circa la successiva azione dei pubblici poteri.

Il primo, fondamentale, problema è se la nozione di indirizzo amministrativo sia parte di quella, più ampia, di indirizzo politico, oppure se le due funzioni debbano essere nettamente separate.

Per coloro che intendono affermare il primato del potere politico, inteso quale potere cui spetta integrare e mediare i conflitti sociali, la nozione di indirizzo amministrativo va congiunta a quella di indirizzo politico, trattandosi semplicemente di un indirizzo politico minore, nel senso che attua le scelte politiche compiute nell'amministrazione.

Secondo un'opposta opinione¹⁸, la funzione di indirizzo amministrativo deve essere nettamente separata dalla funzione di indirizzo politico. Questa seconda teorica appare più adeguata, specie nell'attuale momento storico contrassegnato da una spinta verso il tecnicismo e la professionalità delle scelte amministrative,

¹⁸ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit.

preordinata al conseguimento del “risultato amministrativo” quale target primario dell’attività della P.A. svolta con imparzialità ed efficienza, riconoscendo così, da un lato, alla burocrazia professionale piena autonomia nell’attuazione dell’indirizzo amministrativo e sottraendo, dall’altro, la gestione concreta del potere amministrativo alla classe dirigente politica.

Nel nostro ordinamento l’attività di indirizzo può essere esercitata, a livello statale, dal Consiglio dei Ministri e dal suo Presidente, dai Comitati interministeriali a rilevanza esterna (CIPE), dai singoli Ministri nell’ambito delle competenze del dicastero o di una determinata materia (ad esempio, Ministro della funzione pubblica e materia del pubblico impiego); dalle Regioni, nell’ambito dell’autonomia costituzionalmente garantita (art. 114 ss. Cost.), svolgendo l’organo assembleare ed il suo Presidente la funzione di indirizzo politico e amministrativo generale, mentre l’indirizzo amministrativo esecutivo è determinato dalla Giunta (e dal suo Presidente). Il medesimo potere, in certi ambiti, compete agli enti locali, secondo uno schema di ripartizione analogo. Ma secondo la dottrina prevalente, tutti gli enti pubblici, eccettuati soltanto gli enti strumentali in senso stretto, hanno poteri e funzioni di indirizzo, salvo a verificare in concreto in quali forme vengono manifestati: atti normativi e generali, ma anche atti di diritto privato.

L’ultimo accenno introduce il discorso circa gli atti in cui il potere di indirizzo, politico e/o amministrativo, viene esplicitato: la forma può essere quella degli atti con forza di legge formale, del regolamento, del provvedimento amministrativo generale (ad esempio, i piani), dell’atto di coordinamento, delle circolari o istruzioni, ecc.

Ma l’indirizzo può essere manifestato anche mediante atti di natura privata: condizioni generali di contratto *ex* art. 1341 c.c., contratti per adesione e, in generale, gli atti del c.d. diritto societario (atto costitutivo, statuto, ecc.).

Ciò rende evidente che ciascun atto che sia espressione del potere di indirizzo resta soggetto al regime giuridico che gli è proprio, per cui, se ha la natura di provvedimento amministrativo, sarà controllato dalla giurisdizione amministrativa. I diritti e gli interessi legittimi, pertanto, sono tutelati con riferimento ai singoli atti in cui si esplica il potere di indirizzo, non essendo configurabile una tutela diretta nei confronti del potere in quanto tale. Nessun giudice, infatti, può determinare, o concorrere, a determinare il potere di indirizzo politico e amministrativo della P.A.; se lo facesse, altererebbe l’ordine costituzionale che prevede la separazione delle attribuzioni tra i diversi poteri dello Stato.

Questione diversa dall’insindacabilità del potere di indirizzo è infine l’incensurabilità dell’atto in cui si esprime sotto il profilo del merito o, nel caso di atti privati, il rispetto dell’autonomia del soggetto.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Non è parso opportuno appesantire il testo con fitte note bibliografiche a piè di pagina, tuttavia un riferimento agli autori consultati va fatto per il tributo che il presente lavoro pur deve ad essi.

AMORTH A., *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939; BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; CARINGELLA F., *Compendio di diritto amministrativo*, Roma, 2022; CARINGELLA F., *Manuale di diritto civile, I. La responsabilità extracontrattuale*, Roma, 2011; CASETTA E., voce *Attività amministrativa*, in *Digesto disc. pubbl.*, I, Torino, 1987; CASETTA E., voce *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Digesto disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997; CINTIOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica, mercato*, Milano, 2005; CORAGGIO G., voce *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976; CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2023; D'ALBERTI M., *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2013; DELPINO L., DEL GIUDICE F., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 2022; DOGLIANI M., voce *Indirizzo politico*, in *Digesto disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993; FERRARA L., *Situazioni giuridiche soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; GALLI R., *Nuovo corso di diritto amministrativo*, tomi I e II, 6° edizione, Padova, 2016; GALLO C. E., *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2014; GALLO C. E., voce *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Digesto disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999; GIANNINI M. S., voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Iv, Milano, 1959; GIANNINI M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981; GIUSTI A., *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; LOPILATO V., *Manuale di diritto amministrativo*, 2° edizione, Torino, 2020; OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002; ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988; OTTAVIANO V., voce *Merito (Diritto amministrativo)*, in *Noviss. Digesto it.*, X, 1964; PICOZZA E., *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006; POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997; PUBUSA A., voce *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Digesto disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994; ROSSI G., *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2015; SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, 2 voll., Napoli, 1984; SCOCA F. G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2021; SPAMPINATO B., *Tipologia degli interessi legittimi e forme di tutela*, Torino, 2010; STELLA RICHTER P., *Atti e poteri amministrativi (tipologia)*, in GUARINO G. (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 1983; VIRGA P., *Diritto amministrativo, 2. Atti e ricorsi*, Milano, 1996.

ABSTRACT

L'attività amministrativa rappresenta, per certi versi, il fulcro dell'operato delle Istituzioni pubbliche, poiché si occupa di regolare e gestire gli interessi della collettività.

Nell'ordinamento giuridico italiano l'attività della Pubblica Amministrazione si caratterizza per essere esercizio di "potere", cioè autoritativa. Anche se dal punto di vista quantitativo prevale l'attività privata e quella non autoritativa (basti pensare alla prestazione di servizi pubblici), non vi è dubbio che, sotto il profilo strettamente giuridico, sia proprio l'attività imperativa dell'amministrazione a tracciare i connotati fondamentali del sistema del diritto amministrativo italiano.

Tra le varie attività poste in essere dalla P.A., quella che merita una trattazione più approfondita è certamente l'attività amministrativa c.d. "discrezionale", che risulta essere non solo un'attività intellettuale e di giudizio, diretta alla comparazione e ponderazione dei diversi interessi in conflitto, ma soprattutto una attività di tipo "volitivo", intesa quale scelta di valore di quello preminente, essendo la P.A. chiamata dalla legge a completare la fattispecie mediante l'applicazione di regole ricavabili dai principi generali che regolano la sua azione.

Accanto all'attività discrezionale, vengono in rilievo i concetti di attività vincolata, discrezionalità tecnica e di merito amministrativo, nonché di indirizzo politico e di indirizzo amministrativo. Di tutto ciò si dà contezza nel presente lavoro attraverso una vera e propria classificazione delle varie tipologie di atti in cui si manifesta l'azione della Pubblica Amministrazione.

Administrative activity represents, in some ways, the core of the work of public institutions, since it deals with regulating and managing the interests of the community.

In the Italian legal system, the activity of the administration is characterised by being the exercise of 'power', i.e. authoritative. Even if, from a quantitative point of view, private and non-authoritative activities prevail (just think of the provision of public services), there is no doubt that, from a strictly legal point of view, it is precisely the imperative activity of the administration that traces the fundamental features of the system of Italian administrative law.

Among the various activities implemented by the public administration, the one that deserves the most in-depth treatment is certainly the so-called 'discretionary' administrative activity, which turns out to be not only an intellectual and judgmental activity, aimed at comparing and weighing the various conflicting interests, but above all an activity of a 'volitional' type, understood as a choice of value of the pre-eminent one, since the P.A. is called upon by law to complete the case by applying rules derivable from the general principles that govern its action.

Alongside discretionary activity, the concepts of bound activity, technical discretion and administrative merit, as well as political policy and administrative direction, come to the fore. All of this is accounted for in this work through a

true classification of the various types of acts in which the action of the Public Administration is manifested.

DOMENICO CROCCO*

PUBLIC GOVERNANCE, MODERNIZZAZIONE DELLA P.A.
IN TERMINI TECNICO-AZIENDALISTICI
E PROCESSO DI SEMPLIFICAZIONE AMMINISTRATIVA
NELL'ERA DELLA DIGITALIZZAZIONE
E DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE**

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. – 2. L'introduzione della cultura aziendale e manageriale nella Pubblica Amministrazione. La dirigenza nella "Amministrazione-azienda". – 3. Gli strumenti per la "rinascita" socio-economica dell'Europa e per rendere più efficienti e partecipate le amministrazioni dei singoli Stati membri UE: il *Next Generation EU* (NGEU) e i Piani nazionali di Ripresa e Resilienza. – 4. Il PNRR per l'Italia e le istanze di sburocratizzazione, transizione digitale, ecologica e ambientale. – 5. L'informatizzazione dei procedimenti amministrativi. Il processo di digitalizzazione come momento essenziale per trasformare la P.A. in un motore di servizio efficiente e proattivo per i cittadini. – 6. L'intelligenza artificiale come nuovo strumento di gestione del potere amministrativo tra esigenze di semplificazione e rispetto del principio di trasparenza. – 7. La capacità di "pensare digitale", ovvero l'*e-leadership* nella Pubblica Amministrazione. – 8. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa introduttiva*

Le politiche di globalizzazione e l'integrazione del diritto nazionale con quello eurounitario, da un lato, e l'inefficienza dello Stato tradizionale e accentrato, ormai sempre più inadeguato a percepire gli effettivi bisogni dei cittadini e quindi incapace di garantire il richiesto livello di benessere complessivo della comunità degli amministrati, dall'altro, hanno inciso sulla stessa struttura organizzativa della P.A. che ha dovuto così necessariamente predisporre nuovi moduli relazionali capaci di incontrare effettivamente i bisogni della società civile e risolvere eventuali criticità nell'erogazione dei servizi pubblici.

Ci si rende conto, in altri termini, della necessità di sviluppare una nuova tecnica di cura degli interessi della collettività, la *Public Governance*, che si avvale di un nuovo metodo di redistribuzione degli schemi del processo amministrativo (in primo luogo, decisionale) da realizzarsi attraverso il rilancio della dimensione territoriale e locale; la cooperazione tra il settore pubblico e quello privato; l'affidamento di attività, prima di esclusiva competenza della P.A., a soggetti terzi nel rispetto del principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale.

* Professore di Istituzioni di diritto pubblico e diritto pubblico comparato, Dipartimento di Scienze Umane e Sociali, UPM Uni-internazionale, Milano.

** Relazione presentata al Convegno sul tema "*Riforme amministrative e Stato digitale*", svoltosi il 6 luglio 2023 presso la Scuola Dottorale "Luigi Einaudi", UPM Uni-internazionale, Milano.

Ma ciò che principalmente caratterizza le politiche attuali di *governance* pubblica, è il principio di responsabilità (*accountability*) della gestione delle risorse pubbliche in relazione al soddisfacimento dei bisogni sociali; un principio che, collocandosi accanto a quelli di partecipazione, efficienza, economicità, e trasparenza dell'azione amministrativa, ha inciso notevolmente sull'intero processo di modernizzazione della P.A. e, soprattutto, sulle procedure di semplificazione amministrativa.

Nel tempo, si sono susseguiti numerosi interventi legislativi diretti alla modernizzazione della struttura amministrativa dello Stato e concentrati sui temi della gestione procedurale del potere amministrativo, sulla riforma dei controlli amministrativi e contabili, sul decentramento delle funzioni pubbliche, sul federalismo amministrativo, sulla privatizzazione del lavoro nelle PP.AA.

Sempre nell'ottica di valorizzare la trasparenza dell'azione amministrativa come strumento di controllo diffuso da parte dei cittadini sulla gestione del potere decisionale della P.A. e il merito dei pubblici dipendenti, la cosiddetta riforma Brunetta (l. n. 15/2009 e d.lgs. n. 150/2009) ha introdotto strumenti di premialità e metodi di incentivazione della produttività e dell'efficienza amministrativa, nonché di valutazione della qualità delle prestazioni erogate ai cittadini (che, in una prospettiva propriamente aziendalistica, sono considerati alla stregua di veri e propri "utenti").

La stagione delle riforme volte a rendere la P.A. sempre più moderna ed efficiente nell'allocatione delle risorse disponibili è proseguita con ulteriori interventi legislativi, tra i quali rileva la legge delega n. 124/2015, c.d. legge Madia, e i decreti legislativi n. 74 e n. 75 del 2017, che, modificando la previgente disciplina del rapporto di lavoro pubblico, hanno rimodulato il sistema dei controlli interni sulla *performance* organizzativa e funzionale, in modo da implementare la produttività, la trasparenza e, soprattutto, l'efficienza amministrativa.

In tale prospettiva sono stati profondamente innovati gli istituti della semplificazione già presenti nella legge sul procedimento amministrativo, soprattutto per quanto concerne la conferenza dei servizi, la segnalazione certificata di inizio attività e la disciplina del silenzio assenso (decreti legislativi nn. 126 e 127 del 2016).

Il processo di semplificazione (organizzativa, normativa e amministrativa), che rappresenta una modalità di realizzazione della modernizzazione della P.A., si manifesta, poi, in associazione con la digitalizzazione dell'azione amministrativa (d.lgs. n. 82/2005 e d.lgs. n. 179/2016) e l'introduzione sempre più massiccia nel settore pubblico dell'ICT (*Information and Communication Technology*), cioè delle tecnologie (non solo digitali) utilizzate per trasmettere, ricevere ed elaborare dati e informazioni.

Sotto quest'ultimo aspetto occorre evidenziare come la tendenza alla digitalizzazione e alla dematerializzazione dell'atto amministrativo (atto amministrativo informatico) sia diretta non solo al conseguimento di un risparmio di spesa, ma soprattutto a velocizzare la relazione intercorrente tra P.A. e cittadino (utente), migliorando così la qualità del servizio erogato.

2. L'introduzione della cultura aziendalistica e manageriale nella Pubblica Amministrazione. La dirigenza nella "Amministrazione-azienda"

Semplificare e modernizzare la Pubblica Amministrazione attraverso l'introduzione di una vera e propria "cultura aziendalistica" è un tema di grande rilevanza e interesse, poiché riguarda l'organizzazione e la gestione delle istituzioni pubbliche in modo efficiente ed efficace, adottando principi e pratiche tipiche del settore privato.

Negli ultimi anni, si è così assistito a un crescente dibattito sulla necessità di introdurre una cultura aziendalista nella pubblica amministrazione, al fine di migliorare l'efficienza, la trasparenza e la responsabilità delle istituzioni statali. In buona sostanza, si tratta di trasferire concetti e modelli di gestione del settore privato nel contesto del settore pubblico, al fine di ottenere un migliore utilizzo delle risorse e una maggiore capacità di rispondere alle esigenze dei cittadini.

Uno degli aspetti principali della cultura aziendalistica nella gestione del potere amministrativo da parte della P.A. è l'introduzione di una mentalità orientata al risultato e alla misurazione delle *performance*. Ciò implica la definizione preventiva di obiettivi chiari e misurabili per ogni area di attività, nonché l'adozione di strumenti di monitoraggio e valutazione dell'andamento dei processi. Questo approccio consente di valutare l'efficacia delle politiche pubbliche e di apportare eventuali correzioni o miglioramenti.

Altro elemento fondamentale della cultura aziendalistica nella Pubblica Amministrazione è poi la promozione di una cultura del cambiamento e dell'innovazione. Le Istituzioni statali devono essere in grado di adattarsi rapidamente alle evoluzioni del contesto sociale, economico e tecnologico. L'adozione di nuove tecnologie, la semplificazione delle procedure burocratiche e l'implementazione di modelli organizzativi flessibili sono infatti alcuni degli strumenti che possono favorire l'innovazione all'interno della stessa struttura organizzativa e funzionale della P.A.

Ma tutto ciò richiede una maggiore attenzione alla gestione delle risorse umane. È fondamentale promuovere una cultura dell'eccellenza e del merito, valorizzando le competenze e le capacità dei dipendenti pubblici, nonché premiando il raggiungimento dei risultati.

In questo contesto, va da sé che la formazione e lo sviluppo professionale rivestono un ruolo centrale, in quanto consentono ai dipendenti pubblici di acquisire le competenze necessarie per affrontare le sfide del contesto aziendale.

Infine, introdurre efficacemente la cultura aziendalistica nella Pubblica Amministrazione postula necessariamente un'attenzione costante alla comunicazione interna ed esterna. È infatti fondamentale promuovere la trasparenza e la condivisione delle informazioni all'interno dell'organizzazione amministrativa, così come garantire una comunicazione efficace con i cittadini e le altre parti interessate. Questo favorisce la fiducia e la collaborazione, elementi essenziali per il buon funzionamento della Pubblica Amministrazione.

Nel quadro generale di una modernizzazione dell'amministrazione (sotto il duplice profilo dell'organizzazione e dell'attività) in termini sempre più aziendalistici e manageriali, una figura centrale nel passaggio a quella che ben può essere definita come "amministrazione azienda" è senz'altro rappresentata dalla dirigenza, la cui privatizzazione è stata completata con il d.lgs. n. 80 del 1998, che ha riguardato la dirigenza generale, e ha trovato nuovo impulso con il d.lgs. n. 150 del 2009, che ha rafforzato il ruolo manageriale del dirigente, assegnandogli nuovi compiti e responsabilità nella realizzazione della produttività della risorse umane e dell'efficienza della struttura.

La normativa che più di tutte esplicita il concetto di buon andamento come regola economica di tipo tecnico-aziendale nell'ordinamento della Pubblica Amministrazione è il d.lgs. n. 286 del 1999, il cui titolo è emblematico: *"Riordino e potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche, a norma dell'articolo 11 della l. 15 marzo 1997, n. 59"*. L'art. 1 dispone che: *"Le pubbliche amministrazioni, nell'ambito della rispettiva autonomia, si dotano di strumenti adeguati a:*

a) garantire la legittimità, regolarità e correttezza dell'azione amministrativa (controllo di regolarità amministrativa e contabile);

b) verificare l'efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa al fine di ottimizzare, anche mediante tempestivi interventi di correzione, il rapporto tra costi e risultati (controllo di gestione);

c) valutare le prestazioni del personale con qualifica dirigenziale (valutazione della dirigenza);

d) valutare l'adeguatezza delle scelte compiute in sede di attuazione dei piani, programmi ed altri strumenti di determinazione dell'indirizzo politico, in termini di congruenza tra risultati conseguiti e obiettivi predefiniti (valutazione e controllo strategico)".

Si tratta di una norma che ha affiancato al controllo di legalità il controllo di efficienza, orientato sul rapporto tra costi e benefici dell'azione amministrativa, nonché la valutazione della dirigenza e il controllo strategico.

Alcune disposizioni del d.lgs. n. 286 del 1999 sono state poi abrogate dal d.lgs. n. 150 del 2009, che al titolo II ha ridefinito i criteri, le procedure e gli organi di valutazione del personale e della dirigenza, sulla base del concetto di *performance*, finora appartenente al linguaggio dei pratici e della dottrina, che il legislatore ha adottato per implementare il principio di buon andamento nella struttura amministrativa, concepita come una vera e propria organizzazione produttiva, i cui fattori – capitale e lavoro – devono avere il massimo rendimento.

Il concetto di *performance* non è però mero sinonimo di "rendimento" o "produttività", ma è un concetto di sintesi, in grado di rappresentare unitariamente il passaggio fondamentale dalla logica di mezzi a quella di risultato. Laddove la produttività è collegata all'efficienza, la *performance* è invece collegata ad un insieme (efficienza, efficacia, economicità, modernizzazione, semplificazione e competenze). In tale prospettiva il concetto tecnico-aziendalistico di *performance* è utilizzato per migliorare la qualità dei servizi e la competenza dei dipendenti. Una distinzione che consente di concepire

l'amministrazione come sistema di interdipendenze e non più come assemblaggio di funzioni produttive e funzioni di supporto.

3. Gli strumenti per la “rinascita” socio-economica dell'Europa e per rendere più efficienti e partecipate le amministrazioni dei singoli Stati membri UE: il Next Generation EU (NGEU) e i Piani nazionali di Ripresa e Resilienza

Il *Next Generation EU* (NGEU) è un programma di ripresa post-pandemia varato dall'Unione Europea per affrontare gli effetti economici e sociali della devastante crisi che ha colpito i singoli Stati membri a causa del COVID-19. Il programma prevede lo stanziamento di un fondo di ripresa da circa 750 miliardi di euro finanziato attraverso l'emissione di obbligazioni comuni della UE e con lo scopo precipuo di sostenere gli Stati membri nel difficile processo di ripresa economica post-pandemica.

Nel suo insieme si tratta di una opportunità unica per accelerare il processo di trasformazione della UE verso una economia più sostenibile e resiliente.

Parallelamente al NGEU, i Paesi membri della UE hanno sviluppato i Piani nazionali di Ripresa e Resilienza, veri e propri strumenti di pianificazione nazionale, in cui ogni singolo Paese identifica le priorità di investimento e le riforme necessarie per stimolare la ripresa economica, la creazione di nuovi posti di lavoro e la transizione verso una società organizzata in un modo sempre di più eco-sostenibile e digitale.

Ciascuno di questi Paesi, infatti, assume tra i propri obiettivi gli investimenti finanziari in settori chiave come, ad esempio, le c.d. energie rinnovabili, l'efficienza energetica, la digitalizzazione delle imprese e della P.A. e, soprattutto, l'innovazione tecnologica. Questi Piani nazionali, complessivamente considerati, sono stati progettati per essere in linea con le priorità dell'UE, garantendo così una coerenza tra i vari investimenti nazionali e gli obiettivi fissati dalla politica eurounitaria, nell'ottica di una promozione della competitività delle imprese europee, riconosciute come il volano del processo di rinascita europea, diretto, tra l'altro, alla realizzazione di una economia a basse emissioni di carbonio.

In tale prospettiva, è importante evidenziare che entrambi il *Next Generation EU* e i Piani nazionali di Ripresa e Resilienza pongono una forte enfasi sulla *governance* e sulla responsabilità nell'utilizzo dei fondi stanziati. Agli Stati membri, infatti, è stato richiesto di elaborare programmi dettagliati, rispettando i criteri di azione indicati preventivamente dalla Commissione UE e soprattutto di dimostrare il possesso di adeguate strutture di controllo per garantire la corretta implementazione dei fondi e l'uso delle risorse disponibili secondo le regole di una “sana e corretta gestione”.

Peraltro, nemmeno può tacersi del fatto che sia il *Next Generation EU* sia i singoli Piani nazionali rappresentino una opportunità senza precedenti per promuovere la coesione sociale, oltre che economica, all'interno dell'Unione Europea.

È infatti previsto che i fondi siano distribuiti in modo equo tra i vari Paesi membri, tenendo conto della loro specificità e delle sfide che devono affrontare;

e ciò con l'obiettivo di ridurre le disuguaglianze sociali ed economiche tra gli Stati UE e garantire che nessun Paese o regione d'Europa venga lasciato indietro nel perseguire il processo di trasformazione e sviluppo che dovrà essere quanto più uniforme possibile.

Nondimeno, affinché il *Next Generation EU* e i singoli Piani nazionali possano avere successo, è fondamentale garantire non solo una corretta implementazione ed un attento monitoraggio dei singoli progetti da realizzare, ma soprattutto un coordinamento efficace tra la Commissione Europea, gli Stati membri e le singole parti (pubbliche e/o private) interessate a livello locale per garantire che i fondi stanziati siano utilizzati in modo efficiente e trasparente. Inoltre appare viepiù essenziale promuovere la partecipazione attiva dei cittadini e della società civile nel processo decisionale, onde meglio garantire che le risorse finanziarie disponibili siano allocate in modo equo e rispondano alle reali esigenze della collettività degli amministrati, nonché verificare, ricorrendo ad un attento monitoraggio, l'impatto dei fondi stanziati sulla ripresa economica e sociale, al fine di apportare eventuali correzioni o, comunque, adattamenti necessari lungo il percorso tracciato in sede di pianificazione.

In conclusione, il *Next Generation EU* e i singoli Piani nazionali di Ripresa e Resilienza rappresentano una fondamentale opportunità non soltanto per una ripresa economica sostenibile, una maggiore resilienza e una più ampia coesione sociale all'interno dell'Unione Europea, ma anche un vero e proprio banco di prova dell'efficienza dell'apparato amministrativo dei singoli Stati che, nelle più varie articolazioni (centrali e/o locali) è deputato a gestire la fase della concreta realizzazione di quanto progettato a livello politico. E tuttavia soltanto una corretta implementazione e supervisione degli indicati strumenti di pianificazione ne potranno assicurare il successo di questo ambizioso "progetto di rinascita europea", così da realizzare una massimizzazione degli effetti positivi degli investimenti effettuati e costruire in tal modo un futuro migliore per l'Europa.

4. Il PNRR per l'Italia e le istanze di sburocratizzazione, transizione digitale, ecologica e ambientale

Il PNRR, acronimo di *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, è il documento strategico che il Governo italiano ha predisposto per accedere ai fondi del programma *Next Generation EU* (NGEU).

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, presentato alla Commissione Europea il 30 aprile 2021 e approvato il 13 luglio 2021, intende, in sintesi: rilanciare il Paese dopo la crisi pandemica, stimolando una transizione ecologica e digitale; favorire un cambiamento strutturale dell'economia, a partire dal contrasto alle disuguaglianze di genere, territoriali e generazionali.

Mai come in questo momento, allora, c'è bisogno di una "buona amministrazione" che sappia interpretare e assumersi la responsabilità di attuare il mandato contenuto nel PNRR, che è il più grande programma di trasformazione del dopoguerra, che prevede interventi di riqualificazione e rigenerazione in tutti

i settori di intervento (sanità, ambiente, trasporti, istruzione e ricerca). Ciò comporta, in questo ambito, la capacità di realizzare rapidamente interventi infrastrutturali su larga scala e di ripensare i servizi offerti ai cittadini in una logica di comunità, prossimità, accessibilità e digitalizzazione.

Se è vero che gli obiettivi e i piani del PNRR sono già ben definiti a livello centrale, sono comunque la responsabilità e la capacità di *governance* a livello locale a fare la differenza. Sono le regioni che devono attuare e gestire il cambiamento in modo tempestivo ed efficace. Di conseguenza, anche il concetto di "buona amministrazione pubblica" ha iniziato a sembrare più impegnativo e interessante. Questo perché finalmente si sta diffondendo la consapevolezza che la ristrutturazione amministrativa non è solo una questione di risparmio, ma anche di investimenti in settori strategici.

Infatti, solo una visione d'insieme e la capacità di gestire un cambiamento sistemico possono coordinare e guidare efficacemente questa straordinaria fase di rigenerazione. L'innovazione può essere realizzata solo attraverso una gestione coordinata delle risorse umane, organizzative e tecnologiche all'interno di una strategia di sviluppo a medio termine, non come mera acquisizione di risorse, ma senza cambiare il modello operativo. Il lavoro di migliaia di dipendenti pubblici deve essere rimotivato, sensibilizzato e orientato. Occorre stimolare nuove forme di partenariato pubblico-privato nell'attuazione di programmi e progetti.

Ma volendo entrare nello specifico, suddiviso in 6 Missioni principali, il PNRR descrive le priorità di investimento per un arco temporale di 5 anni. Il Governo ha cominciato a mettere in atto il Piano nella seconda metà del 2021 e dovrà completarlo e rendicontarlo entro la fine del 2026. Si pone l'obiettivo di rilanciare la struttura economico-sociale del Paese puntando in particolare sulle leve della digitalizzazione, della transizione ecologica e dell'inclusione sociale.

Tra i principali obiettivi, come si è visto, spicca la c.d. sburocratizzazione e transizione digitale. Tale obiettivo passa, anche, attraverso la digitalizzazione della P.A., con lo scopo di trasformare la Pubblica Amministrazione rendendola più semplice per cittadini e imprese riducendo i tempi e i costi e contribuendo alla creazione di nuovi posti di lavoro.

In questa ottica, i piani strategici e le aree connessi al PNRR, possono essere così di seguito sintetizzati.

Piano Triennale per l'informatica nella P.A. Indica le linee di azione per promuovere la trasformazione digitale del settore pubblico e del Paese. Secondo il modello previsto dal Piano, centralmente sono realizzate le piattaforme che dovrebbero abilitare la digitalizzazione dei processi pubblici mentre le PP.AA. sviluppano servizi secondo le proprie specificità, utilizzando competenze interne o di mercato. Il Piano prevede aggiornamenti annuali che riguardano i successivi 3 anni.

Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD). Si tratta di un testo unico che costituisce un corpo organico di disposizioni che presiede all'uso dell'informatica come strumento privilegiato nei rapporti tra la PA e cittadini italiani.

Strategia Nazionale per le Competenze Digitali. Prima strategia globale sul tema delle competenze digitali in Italia, adottata nell'agosto 2020. La regia è affidata al Comitato Tecnico Guida di Repubblica Digitale, coordinato dal Dipartimento per la Trasformazione Digitale. Quattro sono gli assi di intervento: Istruzione e Formazione Superiore; Forza lavoro attiva; Competenze specialistiche ICT; Cittadini. Obiettivi della Strategia sono eliminare il gap con gli altri Paesi europei e abbattere il *digital divide* tra varie aree del nostro territorio nazionale.

Programma Strategico per l'Intelligenza Artificiale. In linea con la Strategia Europea, il Programma delinea 24 politiche da implementare nei prossimi tre anni per potenziare il sistema IA in Italia, attraverso la creazione e il potenziamento di competenze, ricerca, programmi di sviluppo e applicazioni dell'IA. Queste politiche hanno l'obiettivo di rendere l'Italia un centro sull'IA competitivo a livello globale, rafforzando la ricerca e incentivando il trasferimento tecnologico.

Codice dei Contratti Pubblici. È il decreto legislativo n. 36 del 2023 (in vigore dal 1° aprile 2023, con efficacia dal 1° luglio 2023; ma per avvisi o bandi pubblicati prima di tale data, si continuano ad applicare le regole del “vecchio” codice appalti, d.lgs. n. 50 del 2016), che regola la materia degli appalti pubblici di lavori, forniture, servizi e concessioni, e dei relativi contratti pubblici. Essendo un codice, specie su una materia soggetta a continua evoluzione, è un testo normativo destinato, potremmo dire fisiologicamente, ad essere periodicamente aggiornato.

Quanto all'*Ecologia* e all'*Ambiente*, l'obiettivo primario è quello di incentivare la sostenibilità sociale ed economica, con interventi che coinvolgono aree come l'agricoltura, la gestione dei rifiuti, l'utilizzo di fonti di energia rinnovabili e la biodiversità del territorio.

5. *L'informatizzazione dei procedimenti amministrativi. Il processo di digitalizzazione come momento essenziale per trasformare la P.A. in un motore di servizio efficiente e proattivo per i cittadini*

L'avvento dell'era digitale ha portato a notevoli cambiamenti in tutti gli aspetti della nostra vita, inclusa l'amministrazione pubblica.

L'informatizzazione dei procedimenti amministrativi sta diventando sempre più diffusa, poiché le Istituzioni governative (ma, ovviamente, si tratta di un processo che coinvolge anche le Istituzioni locali e tutti gli Enti pubblici in generale) cercano di migliorare l'efficienza, ridurre la burocrazia e offrire servizi più accessibili ai cittadini.

Di seguito cercheremo di delineare, sebbene in maniera sintetica e ricorrendo ad una suddivisione sistematica per punti, alcuni benefici dell'informatizzazione dei procedimenti amministrativi e come questa trasformazione digitale stia plasmando in modo irreversibile il futuro stesso dell'intera organizzazione amministrativa dello Stato.

Efficienza operativa. L'informatizzazione dei procedimenti amministrativi consente di automatizzare molte attività ripetitive e ridondanti, consentendo alle organizzazioni pubbliche di risparmiare tempo e risorse preziose. I processi

digitalizzati consentono una gestione più rapida dei documenti, riducono gli errori umani e semplificano la comunicazione interna tra i dipartimenti interessati alla gestione dei procedimenti. Ciò porta a un'amministrazione più efficiente e tempestiva, migliorando l'erogazione dei servizi pubblici.

Riduzione della burocrazia. L'informatizzazione dei procedimenti amministrativi può contribuire a semplificare i processi burocratici e ridurre la quantità di carta utilizzata. La digitalizzazione dei documenti consente di archiviare, recuperare e condividere facilmente le informazioni, eliminando la necessità di procedure manuali complesse e, molto spesso, del tutto superflue e irrazionali. Ciò porta a una riduzione dei tempi di attesa per i cittadini e a una maggiore trasparenza nell'amministrazione pubblica.

Accessibilità e trasparenza. L'informatizzazione dei procedimenti amministrativi rende i servizi pubblici senz'altro più accessibili ai cittadini. Grazie alla disponibilità di moduli *online*, è possibile presentare richieste, compilare documenti e accedere a informazioni in qualsiasi momento e da qualsiasi luogo. Ciò favorisce un maggior coinvolgimento dei cittadini nel processo decisionale e consente loro di monitorare lo stato delle loro pratiche. Inoltre, la trasparenza dei procedimenti amministrativi digitalizzati contribuisce a promuovere la responsabilità e a prevenire potenziali abusi.

È intuitivo comprendere allora che l'informatizzazione dei procedimenti amministrativi rappresenta una trasformazione essenziale per l'efficienza e l'accessibilità dei servizi pubblici. Automatizzare i processi, semplificare la burocrazia e migliorare l'accessibilità ai cittadini sono solo alcuni dei benefici che questa trasformazione può offrire.

Tuttavia, è fondamentale garantire la sicurezza dei dati e delle informazioni processate. A tal riguardo, la Pubblica Amministrazione deve implementare robuste misure di sicurezza per garantire la riservatezza e l'integrità delle informazioni personali trattate nei vari procedimenti. L'uso di crittografia, firme digitali e protocolli di autenticazione può contribuire a prevenire violazioni dei dati e frodi, fornendo così un ambiente sicuro per lo scambio di informazioni e dati sensibili.

In definitiva, possiamo concludere che la digitalizzazione dei processi amministrativi ha le sue luci e le sue ombre ma, in un mondo sempre più globalizzato, rappresenta un processo ormai irreversibile. In tale contesto, l'amministrazione pubblica nel suo insieme deve abbracciare positivamente il cambiamento e adottare soluzioni tecnologiche innovative per fornire servizi più efficienti, trasparenti e accessibili a tutti i cittadini e, nel contempo, promuovere la formazione e l'alfabetizzazione digitale per massimizzare gli impatti positivi dell'informatizzazione.

6. *L'intelligenza artificiale come nuovo strumento di gestione del potere amministrativo tra esigenze di semplificazione e rispetto del principio di trasparenza*

L'intelligenza artificiale (IA) è una tecnologia che permette ai *computer* di eseguire compiti che richiederebbero l'intelligenza umana, come il riconoscimento delle parole o il prendere decisioni.

La regolamentazione dell'intelligenza artificiale è un argomento di grande importanza a livello nazionale e internazionale. L'IA è una tecnologia in rapido sviluppo che ha un impatto significativo sulla società e sull'economia, e la sua regolamentazione è necessaria per garantire che venga utilizzata in modo responsabile e sicuro.

A livello nazionale, molti paesi hanno introdotto normative specifiche per regolamentare l'IA. Ad esempio, l'Unione Europea ha adottato il *Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR)*, che stabilisce le regole per la protezione dei dati personali e la *privacy* nell'era dell'IA.

A livello internazionale, ci sono anche diverse iniziative per regolamentare l'IA. Ad esempio, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) ha adottato le Linee Guida sull'Intelligenza Artificiale, che forniscono raccomandazioni per un uso responsabile dell'IA. Inoltre, l'ONU ha istituito un gruppo di lavoro sull'IA, che ha l'obiettivo di promuovere la cooperazione internazionale sull'IA e di indirizzare le questioni etiche e giuridiche connesse al suo utilizzo.

Nel nostro Paese, il Codice dell'Amministrazione Digitale – CAD (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82), all'art. 12, ha individuato le tecnologie dell'informazione e della comunicazione quali strumenti grazie ai quali le Pubbliche Amministrazioni possono organizzare le proprie attività per la realizzazione degli “*obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione*”.

Sul piano procedimentale, la rilevanza dell'utilizzo dell'informatizzazione nella gestione del procedimento amministrativo viene espressa dall'art. 41 del CAD, il quale impone alle amministrazioni di gestire i procedimenti utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

L'art. 3-*bis* della legge n. 241/1990, come modificato dal d.l. n. 76/2020, lega l'efficienza delle pubbliche amministrazioni all'uso di “strumenti informatici e telematici” sia nell'attività interna all'ente che nei rapporti tra PP.AA. e privati. Ancora, l'art. 50-*ter* del d.lgs. n. 82/2005 regola i rapporti di interconnessione tra PP.AA. disciplinando anche la Piattaforma digitale nazionale dati.

Il nuovo codice degli appalti (D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36) prevede l'integrale digitalizzazione del ciclo di vita degli appalti pubblici e fissa, con l'art. 19, commi 1, 6 e 7, i principi e i diritti digitali di neutralità tecnologica, protezione dei dati personali e di sicurezza informatica, tracciabilità e trasparenza, accessibilità ai dati e alle informazioni, conoscibilità dei processi decisionali automatizzati, accessibilità delle piattaforme di *e-procurement*, e utilizzo, ove possibile, di procedure automatizzate nella valutazione delle offerte. L'art. 30 disciplina, per la prima volta in termini generali, l'utilizzo di procedure automatizzate nell'ambito dei contratti, dettando i principi che debbono informare l'adozione

di decisioni assunte mediante algoritmi, ovverosia i casi in cui anche l'esito provvedimento finale è assunto in via digitale. I procedimenti automatizzati devono rispettare i principi di conoscibilità e comprensibilità dell'algoritmo e più in generale della logica utilizzata, di non esclusività della decisione algoritmica e, infine, di non discriminazione algoritmica. A tale riguardo, il principio della piena legittimità del ricorso all'automatizzazione delle procedure di appalto viene a essere positivizzato dal comma 1 dell'art. 30 del nuovo codice che, anzi, viene incentivato con la locuzione "*le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche*", e posto quale condizione ordinaria di svolgimento delle procedure concorsuali, con il solo limite della possibilità. La finalità del ricorso a strumenti di automazione è il miglioramento dell'efficienza da conseguire anche ricorrendo all'utilizzo di soluzioni tecnologiche avanzate, quali l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti.

Nella pratica, esistono già esempi di come nella P.A. si possa trarre beneficio dall'adozione di soluzioni di IA, fra questi si pensi a tutte le possibili applicazioni nel sistema sanitario, scolastico, giudiziario, nel pubblico impiego, nella sicurezza e, in generale, nella gestione delle relazioni coi cittadini.

In quest'ultimo campo, l'Intelligenza Artificiale può essere impiegata per rispondere alle domande, cercare ma anche elaborare documenti, riempire moduli, instradare correttamente varie tipologie di richieste, eseguire traduzioni.

Anche nel settore della giustizia predittiva possono essere impiegate diverse tipologie di sistemi di intelligenza artificiale.

Tuttavia, c'è chi ha parlato di "*tempi non ancora maturi*" in Italia per l'IA applicata al processo, in quanto le possibili ricadute di tali tecnologie sul principio di uguaglianza sono dietro l'angolo. L'Italia, in realtà, ha già sperimentato i primi casi di applicazione di procedimenti decisionali automatizzati nel settore amministrativo, ove si sono manifestati già i primi orientamenti giurisprudenziali.

Il settore amministrativo, come più volte specificato, sottostà ai criteri di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, espressioni del principio di buon andamento della pubblica amministrazione *ex art. 97 Cost.* nonché al principio di trasparenza dell'attività della Pubblica Amministrazione.

L'utilizzo di programmi di intelligenza artificiale potrebbe porre problematiche nuove sotto il profilo della conoscibilità dell'algoritmo e della logica sottostante la decisione automatizzata assunta.

La nozione classica di "algoritmo" attualmente usata nei procedimenti automatizzati è ancorata all'idea di una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato, mentre quella di "intelligenza artificiale" è riconducibile allo studio di "agenti intelligenti", ovverosia a sistemi che percepiscono ciò che li circonda e intraprendono azioni che massimizzano la probabilità di ottenere con successo gli obiettivi prefissati.

Nel caso di intelligenza artificiale l'algoritmo contempla meccanismi di *machine learning* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole

software e i parametri preimpostati (come fa l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico.

Ne deriva che il *software* sulla cui base agisce un'intelligenza artificiale ha la capacità di trascendere le istruzioni iniziali e fornire output non prevedibili in sede di programmazione.

Dal punto di vista giuridico, quindi, l'intelligenza artificiale si presenta come un *quid novi* rispetto agli algoritmi tradizionali, che non trova agevole applicazione per il procedimento amministrativo, tuttora fondato sull'informatica "tradizionale" e sugli algoritmi predeterminati (Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891).

Mentre negli algoritmi tradizionali il percorso che dall'*input* dei dati genera il risultato finale è certo, conoscibile e ricostruibile, ciò non pare altrettanto sicuro nei casi di utilizzo dell'intelligenza artificiale. Ciò mette in crisi la sussistenza e verificabilità degli anzidetti necessari requisiti di trasparenza, motivazione del provvedimento finale e imputazione delle decisioni, nonché della responsabilità dell'assunzione delle stesse, ponendo dei dubbi sui limiti stessi di utilizzabilità di tali strumenti e sulle modalità del loro legittimo utilizzo, e al tempo stesso lanciando delle sfide interpretative da affrontare.

La questione dell'utilizzo degli algoritmi nell'esercizio del potere amministrativo, e segnatamente nell'attività decisionale della P.A., è stata affrontata nella sentenza del Consiglio di Stato n. 2270/2019 relativa alla determinazione presa dal Ministero dell'Istruzione nel 2015 di servirsi di un sistema informatico per la riorganizzazione del corpo docente sul territorio nazionale. Riorganizzazione che, a parere degli appellanti, era stata effettuata in assenza di un qualsivoglia principio di trasparenza del meccanismo utilizzato, non avendo tenuto conto delle preferenze espresse dai richiedenti nelle rispettive domande di trasferimento e in violazione del principio meritocratico nell'assegnazione degli incarichi.

In tale occasione il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che *“l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata. In altre parole, l'assenza di intervento umano in un'attività di mera classificazione automatica di istanze numerose, secondo regole predeterminate (che sono, queste sì, elaborate dall'uomo), e l'affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell'art. 97 Cost. coerenti con l'attuale evoluzione tecnologica”*.

Questo aspetto è stato poi riconfermato sempre dal Consiglio di Stato con la successiva sentenza n. 881/2020 nella quale si sottolinea come il processo decisionale amministrativo non possa prescindere dalle potenzialità che la tecnologia è in grado di fornire mediante il ricorso ad algoritmi che permettano di

orientarsi verso una decisione neutra volta ad eludere i difetti decisionali derivanti dalle influenze emotive tipiche di ogni essere umano.

Allo stesso tempo *“l'utilizzo di procedure “robotizzate” non può, tuttavia, essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa”* per questo è importante che in tutte le fasi del procedimento sia osservato il principio di trasparenza. “Trasparenza” intesa come necessità di garantire la conoscibilità dell'algoritmo in tutti gli aspetti: dal procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale dei dati selezionati come rilevanti, in modo da poter verificare che gli esiti del procedimento automatizzato siano conformi alle finalità stabilite dalla legge o dalla pubblica amministrazione. La trasparenza del sistema algoritmico fa sì che esso possa essere soggetto alla piena cognizione e al pieno sindacato del giudice amministrativo.

Questo principio, reso appunto dalla giurisprudenza amministrativa, è destinato a fungere da caposaldo di tutto il sistema giudiziario in vista di una evoluzione di una giustizia 4.0 che se da un lato mira a diminuire i tempi processuali, dall'altro lato non può consentire che il c.d. “errore algoritmico” produca impatti discriminatori sugli interessati.

La tecnologia dell'informatizzazione dovrà esser plasmata sulla base dei principi giuridici preesistenti e, soprattutto, non potrà giustificare una riduzione delle tutele riconosciute dalla legge.

L'arresto giurisprudenziale del 2019, soprarichiamato, è chiaro sul punto: *“la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima, anche se ciò avviene in via esclusiva”*.

7. La capacità di “pensare digitale”, ovvero l'e-leadership nella Pubblica Amministrazione

Un passo fondamentale per chi opera nel settore pubblico è la piena consapevolezza della non neutralità del cambiamento. La tecnologia non determina lo scenario finale. Pertanto, l'uso consapevole ed efficace della tecnologia per costruire il percorso di cambiamento è un'azione basata su scelte, che richiedono le giuste competenze. La capacità di pensare digitale evita il rischio di realizzare una “digitalizzazione” inefficace.

In questo senso, se la transizione al digitale è un percorso di cambiamento che permette di intraprendere consapevolmente nuovi contesti di vita, allora la trasformazione digitale diventa “affare” di tutti (non solo dei tecnici ICT e dei responsabili della transizione al digitale), *in primis* diventa “affare” di tutti coloro che hanno la responsabilità di guidare e coordinare gruppi e iniziative all'interno dell'organizzazione amministrativa.

Ai *manager* pubblici sono così richieste competenze che consentano di definire concretamente le iniziative di miglioramento, cambiando paradigma, nel profondo, con le radici affondate in un nuovo modello culturale, rendendolo sistema.

Per rendere sistema questo nuovo modello occorre che alcune competenze digitali diventino competenze indispensabili del profilo dei dirigenti pubblici e dei funzionari, così come occorre che si affermino alcune competenze collettive, come la capacità di condivisione di esperienze e soluzioni, in grado di produrre un cambiamento culturale nell'Amministrazione, prima di tutto nella sua cultura manageriale.

Qui si colloca la dimensione dell'*e-leadership*, chiaramente la nuova *leadership* ai tempi del digitale. Competenze non accessorie e neppure specialistiche, anzi fondamentali di base per la nuova cultura della guida, il coordinamento, la gestione e l'indirizzo di gruppi e unità organizzative.

Le caratteristiche che si combinano con quelle che possiamo definire come le competenze della *leadership* ai tempi dell'*onlife* possono essere così sintetizzate: cultura e conoscenze relative al mondo digitale; *soft skill*, vale a dire capacità individuali di relazione e di comunicazione; capacità di gestione organizzativa e di cambiamento, di costruzione di una organizzazione innovativa e di una cultura di innovazione che deve permeare l'intero contesto organizzativo; capacità manageriali nel contesto della PA; capacità di attuare e ripensare i processi della PA in funzione degli obiettivi e della missione dell'amministrazione, sulla base della declinazione degli obiettivi generali nella visione specifica per il proprio contesto di azione.

La ristrutturazione della macchina amministrativa, da cui passa la reingegnerizzazione dei processi con le nuove tecnologie, richiede anche un profondo scardinamento delle modalità di lavoro, così da realizzare una transizione effettiva.

Per questo è necessario far sì che la rigenerazione della PA si avvalga della coltivazione di competenze di *e-leadership* per i manager pubblici di oggi e di domani, ma anche pensate come elementi fondamentali da richiedere nelle procedure di assunzione, portando nelle amministrazioni competenze di *e-leadership* anche sviluppate nel mondo privato.

8. *Considerazioni conclusive*

Da quanto si è detto finora possono trarsi le seguenti considerazioni conclusive.

Quanto alla digitalizzazione, non possono essere taciute le perplessità di alcuna dottrina, secondo cui le straordinarie potenzialità della digitalizzazione della Pubblica Amministrazione, funzionale ad un processo di inclusione di cittadini e imprese per una loro partecipazione democratica al funzionamento dello Stato, potrebbero tradursi invece in una sostanziale esclusione. E ciò non soltanto con riferimento alle categorie a rischio nell'ambito del fenomeno del *digital divide*, bensì con riferimento a coloro che posseggono comuni competenze tecnologiche, laddove la P.A. non assicuri quella fondamentale garanzia di effettiva conoscenza e intelligibilità dell'algoritmo che sola può garantire il principio di trasparenza amministrativa.

Quanto alla managerialità della P.A., quest'ultima, oggi, deve, sempre di più, raggiungere obiettivi specifici basati su indicatori di efficienza e qualità dei servizi erogati, in tutti i settori che le competono. Innovazione, organizzazione, efficienza, trasparenza, impegno ed efficacia, diventano, dunque, imperativi strategici da perseguire e fare propri. Ma per evolversi in un modello o in una vera e propria *best practice*, la P.A. necessita di implementare la cosiddetta “cultura del *management*”: un *modus operandi* che non si basa solamente sul principio di legalità formale e sul seguire le norme ma, contemperando i vincoli normativi, sul miglioramento continuo dell'organizzazione amministrativa dello Stato.

L'introduzione di una vera e propria cultura aziendalistica nella Pubblica Amministrazione rappresenta una sfida importante, ma ormai del tutto ineludibile quanto necessaria, per migliorare l'efficienza e l'efficacia delle Istituzioni statali. Questo approccio richiede l'adozione di principi e pratiche tipiche del settore privato, come l'orientamento al risultato, l'innovazione, la valorizzazione delle risorse umane e una comunicazione efficace. Solo attraverso un cambiamento culturale profondo sarà possibile ottenere una P.A. più efficiente, trasparente e orientata al servizio dei cittadini.

L'adozione di approcci manageriali è stata sostenuta da argomentazioni che evidenziano la necessità di una maggiore responsabilità, flessibilità e orientamento ai risultati all'interno delle amministrazioni pubbliche. Si sostiene tra l'altro che tali approcci possano contribuire a superare alcune delle inefficienze spesso associate al settore pubblico, come l'eccessiva burocrazia e, soprattutto, la scarsa reattività al cambiamento.

Tuttavia, l'introduzione della managerialità nel settore pubblico solleva anche alcune preoccupazioni.

Alcuni critici sostengono che l'adozione di logiche e meccanismi tipici del settore privato possa portare a una perdita di valori e principi fondamentali dell'amministrazione pubblica, come l'imparzialità, l'equità e la tutela dell'interesse generale. Inoltre, l'accento eccessivo sui risultati e sulle metriche di *performance* potrebbe portare a una visione riduttiva dei servizi pubblici, trasformandoli in meri prodotti da commercializzare.

È dunque importante trovare un equilibrio tra l'introduzione di elementi di managerialità e il rispetto dei valori e degli obiettivi della Pubblica Amministrazione. La managerialità può essere certamente uno strumento utile per migliorare l'efficienza e l'efficacia delle strutture pubbliche, ma deve essere applicata con saggezza e tenendo conto dei contesti specifici. È fondamentale che i dirigenti pubblici mantengano un forte impegno per il bene comune e si assicurino che i principi di trasparenza, responsabilità e partecipazione siano rispettati.

In questo senso, non dovrebbe ritenersi utile ricercare un “primato” tra riforme istituzionali e riforme manageriali nel contributo fornito al miglioramento del settore pubblico.

Tanto meno convince l'ipotesi di autosufficienza di uno dei due piani di intervento.

Eppure, non va sottovalutato, i due approcci spesso appaiono tra di loro non in sintonia ed espressione di idee, valori guida, modi di interpretare i problemi, molto distanti e a volte addirittura contrapposti.

Nei sostenitori delle riforme istituzionali si combina così a volte la non piena comprensione del management correttamente inteso (e l'identificazione dello stesso con logiche e metodologie dell'impresa privata), con una sorta di sfiducia in merito all'apporto effettivo dello stesso al cambiamento delle amministrazioni pubbliche. Viceversa, i fautori delle riforme manageriali, rischiano spesso di sottovalutare le necessarie coerenze e condizioni istituzionali per sostenere i processi di trasformazione degli enti e del settore pubblico nel suo insieme.

È proprio, allora, il superamento di queste visioni parziali e semplificate e la capacità di ricondurre a sintesi approcci in realtà complementari, che può determinare la qualità, l'effettività e l'efficacia finale dei processi di riforma intrapresi.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

BORGONOV E., *I manager pubblici tra evoluzione e cambio di paradigma*, in *Riv. italiana di Public Management*, vol. 3, n. 1/2020, 17 ss.; BORGONOV E., *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Milano, 2006; CARIDI G., *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Milano, 1983; CARLONI E. (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale*, Rimini, 2005; CARULLO G., *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3/2021, 431 ss.; CAVALLO PERIN R., GALETTA D.U. (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020; CROCCO D., *Managerialità e digitalizzazione nella P.A. Spunti di scienza e tecnica dell'organizzazione amministrativa*, in CROCCO D., NERI G. (a cura di), *La digitalizzazione della società moderna. Incidenze e refluenze della tecnologia digitale sulle istituzioni pubbliche e il diritto nell'esperienza italiana*, Napoli, 2016, 33 ss.; CROCCO D., *Profili giuridici del controllo di efficienza amministrativa*, Napoli, 2012; CUCCINIELLO M., FATTORI G., LONGO F., RICCIUTI E., TURRINI A., *Management pubblico*, Milano, 2018; D'ONOFRIO P., *L'azione amministrativa digitale: disciplina e criticità*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, n. 3/2019; DENTE B., *In un diverso Stato. Come rifare la pubblica amministrazione italiana*, Roma, 1992; FUSCHI D., *Accesso telematico e utilizzo dei dati nell'e-government*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2020, 973 ss.; GALASSO F., *Il PNRR propulsore della innovazione manageriale della pubblica amministrazione*, in *Riv. italiana di Public Management*, vol. 5, n. 1/2022, 60 ss.; GARDINI G., *Le regole dell'informazione*, Torino, 2014; LA SPINA A., *Politiche pubbliche. Analisi e valutazione*, 2° ediz., Bologna, 2020; LALLI A. (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Torino, 2022; LIPPI A., *Modelli di amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2022; LIPPI A., MORISI M., *Scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005; LUCIANI F., *Brevi note sull'innovazione tecnologica come strumento di buona amministrazione*, in *La cittadinanza europea*, n. 2/2022, 199 ss.; MACRÌ I., *Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella P.A.*, Padova, 2022; MACRÌ I., *Il Pnrr italiano per la digitalizzazione e l'innovazione della Pubblica Amministrazione*, in *Azienditalia*, 1/2022, 38 ss.; MERLONI F. (a cura di), *Introduzione all'e-Government*,

Torino, 2005; MERLONI F., *L'e-Government*, in D'ALESSIO G., DI LASCIO F. (a cura di), *Il sistema amministrativo a dieci anni dalla "Riforma Bassanini"*, Torino, 2009; MIDIRI M., *Trasformazione digitale e riorganizzazione dei servizi pubblici alla luce del PNRR*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2021, 83 ss.; OROFINO A. G., *L'informatizzazione dell'attività amministrativa nella giurisprudenza e nella prassi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004; PONTI B., *Coordinamento e governo dei dati nel pluralismo amministrativo*, in *Inf. e dir.*, 2008; RACCA G., *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. Amm.*, n. 3/2022, 601 ss.; RANGONE N., *Le pubbliche amministrazioni italiane alla prova dell'intelligenza artificiale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2021, 11 ss.; ROSSA S., *Contributo allo studio delle funzioni amministrative digitali*, Padova, 2022; STRINATI C., *Algoritmi e decisioni amministrative*, in *Foro amm.*, nn. 7-8/2020, 1591 ss.; TIGANO F., *Protezione dei dati personali e pubblica amministrazione: alcuni spunti di riflessione*, in *Diritto e Società*, n. 2/2022, 413 ss.; TORCHIA L., *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Bologna, 2023; TURRIN M., *Innovazione organizzativa e politiche formative nell'amministrazione digitale*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1/2022.

ABSTRACT

Negli ultimi decenni, la tecnologia ha contribuito a migliorare notevolmente i processi operativi in ogni settore del vivere sociale. La Pubblica Amministrazione, come parte integrante della società, non può esimersi dal cogliere le opportunità che l'informatizzazione dei procedimenti amministrativi e l'Intelligenza Artificiale (IA) offrono per rendere i servizi pubblici più efficienti, trasparenti e accessibili per i cittadini.

In questa prospettiva di cambiamento, sollecitata dal Next Generation EU (NGEU) e dal PNRR per l'Italia, si colloca il più generale processo di modernizzazione della P.A. in senso aziendalistico e manageriale che funge da volano per l'attuazione della semplificazione amministrativa.

Questo lavoro cerca così di delineare il ruolo della "cultura manageriale", delle procedure automatizzate e dell'IA nella Pubblica Amministrazione, evidenziando i benefici e le criticità che possono conseguire all'adozione di tali strumenti di riforma della macchina amministrativa dello Stato.

Over the past decades, technology has contributed to significant improvements in operational processes in every area of social living. The Public Administration, as an integral part of society, cannot avoid seizing the opportunities that the computerisation of administrative processes and Artificial Intelligence (AI) offer to make public services more efficient, transparent and accessible to citizens.

In this perspective of change, urged by the Next Generation EU (NGEU) and the PNRR for Italy, lies the more general process of modernisation of the P.A. in a corporatist and managerial sense, which acts as a driving force for the implementation of administrative simplification.

This work therefore seeks to outline the role of the 'managerial culture', of automated procedures and of AI in the Public Administration, highlighting the benefits and criticalities that may result from the adoption of these tools for reforming the State's administrative machine.

CARLO PONTORIERI*

FRANCESCO ALBERGAMO
NELLA RECEZIONE ITALIANA DI HANS KELSEN

SOMMARIO: 1. Hans Kelsen, dagli anni di Vienna a *Society and nature*. – 2. Il Kelsen italiano, anzi «torinese». – 3. Da Kant a Kelsen, passando per Croce e Marx. – 4. Fenomenologia della superstizione e Mito e magia. – 5. Conclusioni: la lotta per la ragione moderna.

1. *Hans Kelsen, dagli anni di Vienna a Society and nature*

La storia della produzione intellettuale di Hans Kelsen corrisponde a quella della sua vita travagliata. Nacque nel 1881 a Praga, ma pochi anni dopo la sua nascita, a causa di difficoltà economiche, la sua famiglia si trasferì a Vienna: così nella capitale asburgica compì tutti i suoi studi. Consulente giuridico del governo durante la Prima guerra mondiale, avvicinandosi nel dopoguerra alle posizioni della socialdemocrazia, è considerato il padre della Costituzione dell’Austria tedesca del 1920, nella quale fu creata per la prima volta una Corte costituzionale, secondo un modello differente da quello americano. Negli anni ’20 fu eletto giudice vitalizio di quella corte e preside della facoltà di Giurisprudenza dell’università di Vienna, dove era docente ordinario di Diritto pubblico. Tuttavia, l’involuzione autoritaria dell’Austria lo convinse a lasciare il Paese per trasferirsi in Germania¹: nel 1930 lo ritroviamo professore ordinario di Diritto internazionale a Colonia, e nel ’32 preside della facoltà di Giurisprudenza. In quegli anni vi fu la celebre disputa con Carl Schmitt su chi fosse il «custode della Costituzione»². L’avvento di Hitler e la promulgazione della legge di epurazione degli ebrei nel pubblico impiego nel 1933 lo privarono della cattedra, costringendolo all’esilio a Ginevra.

È del 1934 la pubblicazione del suo capolavoro: la *Reine Rechtslehre*, la dottrina pura del diritto³. La dottrina pura del diritto è la teoria «purificata» del diritto, ovvero la proposta di una scienza del diritto che abbia come oggetto esclusivamente le norme positive, cioè quelle effettivamente vigenti, come nel

* Università degli Studi di Salerno - Dipartimento di Scienze Aziendali - Management & Innovation Systems/DISA-MIS. ORCID:0009-0000-7000-2210.

¹ Gli articoli della Costituzione federale austriaca dedicati alla Corte costituzionale sono il 139 e il 140; una prima riforma della Corte si ebbe nel 1925, ma le modifiche che stravolsero l’istituto e convinsero Kelsen a lasciare l’Austria avvennero nel 1929-1930.

² H. KELSEN, *Wer soll Hüter der Verfassung sein?: Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie*, in *Die Justiz*, 6, 1931, trad. it. a cura di C. Geraci, *Chi dev’essere il custode della costituzione?* In Id., *La giustizia costituzionale*, Milano: Giuffrè, 1981; C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1932; trad. it. a cura di A. Caracciolo, *Il custode della costituzione*, *ibidem*, 1981.

³ ID., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig und Wien: F. Deuticke, 1934.

tradizionale positivismo giuridico, con la programmatica esclusione di ogni prospettiva metafisica, etica, o giusnaturalistica. Scrisse Kelsen che la dottrina pura «risponde alla domanda che cosa è il diritto, non già a quella che cosa il diritto deve essere. Quest'ultima è una domanda di politica, e invece la dottrina pura del diritto è scienza»⁴. La *Reine Rechtslehre* si caratterizza anche per la proposta di una teoria dell'ordinamento a gradi (*Stufenbautheorie*), nella quale ogni norma trova la sua legittimazione nella conformità a una norma gerarchicamente superiore, sino alla *Grundnorm*, la norma fondamentale, ipoteticamente presupposta come necessità logica, ma alla quale Kelsen in gran parte della sua vita non volle attribuire alcun contenuto, che non fosse la sua stessa posizione.

Nella teoria kelseniana si può rinvenire certo la profonda influenza del neokantismo sudoccidentale tedesco⁵, forse anche la nozione ebraica di purezza, immaginando la *Reine Rechtslehre* come una sorta di *mikvah*, di bagno purificatorio, che elimina dalla teoria del diritto le suggestioni *goyim*, per rendere il suo oggetto completamente neutrale sul piano religioso – neutralità e relativismo sono per Kelsen presupposti, anche psicologici, di ogni pensiero autenticamente democratico⁶ – anche se lo stesso autore, nei suoi scritti autobiografici preferì ricordare la sua condizione originaria di suddito asburgico, cioè di un impero multinazionale e multilinguistico, tenuto insieme esclusivamente dalla dimensione giuridica⁷. Necessario corollario, infatti, della teoria kelseniana è la scomparsa della personificazione dello Stato, che viene identificato con lo stesso ordinamento giuridico: ferma convinzione di Kelsen era infatti che il dualismo tra Stato e diritto fosse solo «una finzione che riposa su un'ipostatizzazione animistica della personificazione, con l'aiuto della quale si usa rappresentare l'unità dello Stato»⁸.

Nella nostra prospettiva è interessante notare altre decisive influenze presenti nella dottrina kelseniana del diritto. Innanzitutto, la bipartizione kantiana tra la sfera dell'essere (*Sein*) e quella del dover essere (*Sollen*): ciò porta il giurista viennese non solo a ritenere il *Sollen* come l'ambito del diritto, come tale unico oggetto di interesse da parte della scienza giuridica; ma anche a considerare la sfera del *Sein* quella dell'analisi sociologica, tuttavia, come tale, metagiuridica. L'istanza antimetafisica e la ricostruzione logica dell'ordinamento nella *Stufenbautheorie* mostrano poi significative consonanze con gli intenti programmatici del «Wiener Kreis» e del positivismo logico: non solo per l'intento di definire una teoria del diritto che faccia acquisire alla giurisprudenza metodo e dignità di scienza, come tale avalutativa: la distinzione tra giudizi di fatto e

⁴ ID., *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in appendice a Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi, 1967, p. 173.

⁵ Cfr. B. DE GIOVANNI, *Kelsen e Schmitt. Oltre il Novecento*, Napoli: Editoriale scientifica, 2018.

⁶ Cfr. H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1. ed. 1920, 2. ed. 1929, trad. it. a cura di G. Melloni, *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, Bologna: Il Mulino, p. 137 e ss. Per una ricognizione generale sul tema: F. RICCOBONO, *Kelsen e la religione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2013, pp. 395-410.

⁷ ID., *Autobiografia (1947)*, in Id., *Scritti autobiografici*, a cura di M.G. Losano, Reggio Emilia, Diabasis, 2008, p. 101.

⁸ Ivi.

giudizi di valore costituisce uno degli assunti fondamentali dell'intera opera del giurista praghese; ma anche perché la stessa distinzione kelseniana tra validità ed efficacia delle norme sembra mostrare l'eco di quella tra proposizioni analitiche e proposizioni sintetiche proposta dal primo Wittgenstein. Il legame tra Kelsen e i protagonisti di quella stagione filosofica, del resto, continuò da Vienna fino agli anni americani, costituendo un elemento non secondario per la ricostruzione del suo pensiero.

Infatti, dopo il collocamento a riposo in Germania, il temporaneo esilio a Ginevra e la successiva nomina a docente presso l'università tedesca della natia Praga – esperienza drammatica, culminata nelle violente contestazioni da parte degli studenti delle organizzazioni nazionalsocialiste – Kelsen nel 1940 decise di lasciare l'Europa e di trasferirsi negli Stati Uniti. Dopo qualche incarico temporaneo presso le università della costa orientale e varie difficoltà, anche economiche, nel 1942 ebbe un incarico dall'università di Berkeley. Sarebbe rimasto a insegnare presso l'Università della California fino alla fine della sua vita.

La sua esperienza accademica americana fu inevitabilmente segnata dal contesto della common law, fondata non sulla preminenza della legge nel sistema delle fonti, piuttosto sul precedente giurisprudenziale e lo *stare decisis*, conseguentemente con un'organizzazione universitaria orientata su quel modello di produzione giuridica e la formazione pratica degli studenti. Per questo motivo gli studi teorici e storici del diritto (la cd. *Jurisprudence*) e tutte le discipline non attinenti al diritto interno e a fini pratico-professionali negli USA sono propri dei dipartimenti di Scienze politiche⁹. Kelsen, dunque, fu dapprima chiamato come *visiting professor* nel «Political Science Department» di Berkeley, mentre dal 1945 divenne cittadino americano e *full professor* nello stesso dipartimento per gli insegnamenti di *International Law*, *Jurisprudence* e *Origin of Legal Institutions*. A Berkeley il giurista praghese acquistò una villetta con giardino, dove fiorivano le rose¹⁰.

Già negli anni di Vienna Kelsen aveva scritto una breve monografia sui fondamenti filosofici del positivismo giuridico e del giusnaturalismo¹¹. Negli anni '30 maturò l'idea di scrivere una storia del diritto naturale, partendo da quello antico. Tuttavia, una volta elaborato il testo, come sarebbe successo anche ad altre sue opere, ne bloccò la stampa in tipografia: aveva deciso di ricominciare daccapo, e di scrivere invece una sociologia della credenza dell'anima, ritenendo il tema pregiudiziale a qualunque storia dell'idea di giustizia. Tale sua nuova ricerca fu così pubblicata come articolo in francese e in inglese¹², mentre alla fine degli anni '30 arrivò all'elaborazione di un dattiloscritto in tedesco di circa 2000

⁹ Ivi, p. 137.

¹⁰ Ivi, p. 138.

¹¹ H. KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg: R. Heise, 1928.

¹² ID., *Seele und die Recht*, Frankfurt a.M.: Luchterhand Verlag, 1936, 1967; trad. it. a cura di A. Carrino, *L'anima e il diritto*, in Id., *L'anima e il diritto. Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo*, Roma: Edizioni Lavoro, 1989, pp. 77-91.

pagine¹³ e come «prodotto collaterale» pubblicò nel 1943 a Chicago la monografia *Society and Nature*¹⁴: nel 1946 all'Aja, presso la *Library of Unified Science*, cui avevano dato vita i neopositivisti esuli dall'Austria, vide la luce anche la monografia *Vergeltung und Kausalität*¹⁵, una versione parzialmente diversa.

Le teorie sociologiche di Kelsen non trovarono grande accoglienza: le sue tesi sull'anima e l'impianto teorico di quello che sarebbe diventato *Society e nature* furono criticati in una seduta dell'«Institut international de philosophie de droit et de sociologie juridique» di Parigi nel 1936¹⁶; mentre *Society e nature* fu duramente stroncata negli Stati Uniti da Talcott Parsons sulla *Harvard Law Review*¹⁷.

2. Il Kelsen italiano, anzi «torinese»

La prima opera di Kelsen in lingua italiana comparve sulla *Rivista internazionale di filosofia del diritto*¹⁸, specificamente scritta per il pubblico italiano, non facendo parte del catalogo delle sue opere in tedesco¹⁹; successivamente apparvero le traduzioni degli scritti sul parlamentarismo, sullo Stato e l'articolo *Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto*²⁰: tutte a cura di Arnaldo Volpicelli, talora accompagnate da notazioni che ne prendevano le distanze, in quanto non compatibili con la dottrina fascista dominante²¹. Tuttavia, nel 1932 Renato Treves e Norberto Bobbio, entrambi allievi di Gioele Solari, furono indirizzati

¹³ ID., *Autobiografia* cit. p. 129.

¹⁴ ID., *Society and Nature: A Sociological Inquiry*, Chicago, Illinois: University of Chicago Press, 1943.

¹⁵ ID., *Vergeltung und Kausalität. Eine Soziologische Untersuchung*, Den Haag: W. P. Stockum, stampato nel 1940 ma apparso, per cause belliche, solo nel 1946. Cfr. R. WALTER, *Hans Kelsen - Ein Leben im Dienste der Wissenschaft. (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 10)*, Wien: Manz Verlag, 1985, p. 48.

¹⁶ R. TREVES, *Società e natura nell'opera di Hans Kelsen*, in H. KELSEN, *Società e natura*, Torino: Bollati Boringhieri, 1992, p. 3.

¹⁷ T. PARSONS, *Society and Nature, A Sociological Inquiry by Hans Kelsen*, in *Harvard Law Review*, LVIII, 1944, pp. 140-4.

¹⁸ H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1924, pp. 340-357. Sulla recezione italiana di Hans Kelsen, *ex plurimis*: V. FROSINI, *Kelsen e il pensiero giuridico italiano*, in *Il Velcro*, XXI, 1977, 5-6, pp. 761-8; F. RICCOBONO, *Kelsen in Italia. Bibliografia*, *ibidem* pp. 769-82; M.G. LOSANO – M. MARCHETTI – R. ORSINI – D. SORIA, *La fortuna di Kelsen in Italia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 8, 1979, pp. 465-500; M. LOSANO, *Presenze italiane in Kelsen*, in H. KELSEN, U. CAMPAGNOLO, *Diritto internazionale e Stato sovrano*, Milano: Giuffrè, 1999; J. LUTHER, *La dottrina generale di Kelsen in Italia, semper docet?* saggio introduttivo a H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, 1925, trad. it. a cura di J. Luther ed E. Daly, Milano: Giuffrè, 2013.

¹⁹ M. MARCHETTI, *La fortuna di Kelsen prima della Seconda guerra mondiale*, in G.M. LOSANO - M. MARCHETTI – R. ORSINI – D. SORIA, *La fortuna di Kelsen* cit. p. 471.

²⁰ H. KELSEN, *Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto*, 1929, trad. it. di D. Mattalia, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1931, pp. 124-135.

²¹ Volpicelli avrebbe dedicato al giurista viennese anche due articoli di riflessione critica: A. VOLPICELLI, *Dal parlamentarismo al corporativismo. Polemizzando con H. Kelsen*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, II, 1929, 5, pp. 253-266; Id., *Dalla democrazia al corporativismo*, *ibidem*, III, 1930, 1, pp. 1-20.

dal maestro per un soggiorno di studio in Germania: Bobbio scelse Heidelberg, dove insegnava Gustav Radbruch, Treves invece andò a Colonia, dove conobbe Hans Kelsen²². Tornato in Italia pubblicò due lavori: *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*²³ e *Il diritto come relazione. Saggio critico sul neokantismo contemporaneo*²⁴. Nel corso del suo soggiorno a Colonia Kelsen gli aveva consegnato il dattiloscritto di un articolo in cui erano enunciati gli elementi fondamentali della dottrina pura del diritto, che Treves pubblicò l'anno successivo nel ns. Paese²⁵. Una certa circolazione delle teorie di Kelsen in Italia era dunque già avvenuta prima del secondo conflitto mondiale, e non appare privo di significato che il nome del giurista praghese sia spesso ricorso esplicitamente o implicitamente nei lavori dell'Assemblea costituente, o nelle riflessioni di costituenti importanti, come Giorgio La Pira²⁶ e Piero Calamandrei²⁷, e soprattutto che il modello kelseniano di Corte costituzionale, cioè di una corte che può dichiarare illegittima erga omnes una norma ritenuta incostituzionale, sia stato fatto proprio, seppure con alcune variazioni rispetto all'originale austriaco, dalla nostra Carta costituzionale, prima tra le costituzioni europee del dopoguerra.

Tuttavia, il vero e proprio momento di svolta nella recezione italiana di Hans Kelsen avvenne negli anni '50, con le prime traduzioni della *Teoria generale del diritto e dello Stato*²⁸ e della *Dottrina pura del diritto*²⁹. Giuseppe Capograssi, tra i maggiori teorici italiani del diritto nel secolo scorso, sferrò un durissimo attacco alle tesi kelseniane,³⁰ ritenendo che nella riflessione del giurista praghese la ricchezza della vita del diritto venisse «ristretta alla 'pura' norma coercitiva», celando così «un vero e proprio "diritto naturale della forza"»³¹. Contro le tesi capograssiane, prese invece le difese del maestro praghese Norberto Bobbio, nel suo saggio *La dottrina pura del diritto e i suoi critici*³². A partire da quell'articolo si può dire che la recezione italiana di Hans Kelsen divenne innanzitutto

²² N. BOBBIO, *Autobiografia*, Roma-Bari: Laterza, 1989; pp. 18-9. V. POCAR, *Treves, Renato*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 96, Roma: Treccani, 2019.

²³ R. TREVES, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, in *Atti della Reale Accademia delle scienze di Torino*, LXIX (1933-1934), pp. 52-90.

²⁴ ID., *Il diritto come relazione: saggi di filosofia della cultura*, a cura di A. Carrino; pref. di N. Bobbio, Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 1993.

²⁵ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali*, in *Archivio giuridico*, CX, 26, 1933.

²⁶ Il concetto di «norma-base» appare in G. LA PIRA, *Premesse alla Politica*, Firenze: Libreria Editrice Fiorentina, 2004, p. 5, prima ed. 1944.

²⁷ Cfr. P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, Roma-Bari: Laterza, p. 97.

²⁸ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge: Harvard University Press, 1945, trad. it. a cura di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Ivrea: Comunità, 1952.

²⁹ ID., *La dottrina pura del diritto*, traduzione e prefazione di R. Treves, Torino: Einaudi, 1952.

³⁰ G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 4, pp. 767-810.

³¹ Ivi, p. 330. Cfr. U. POMARICI, *Capograssi, Giuseppe* in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto*, Roma: Treccani, 2012.

³² N. BOBBIO, *La dottrina pura del diritto e i suoi critici*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, VIII, 2, ripubblicato in *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli, 1955.

«torinese»³³: la traduzione italiana della seconda edizione della *Dottrina pura del diritto*, che Kelsen aveva pubblicato a Vienna nel 1960, fu infatti affidata dall'Einaudi, su suggerimento dello stesso Bobbio, al suo allievo Mario G. Losano, che da allora avrebbe tradotto molte opere kelseniane³⁴. E se Bobbio si autodefinì scherzosamente «il principale responsabile della kelsenite in Italia»³⁵, lo stesso filosofo alla fine della sua vita avrebbe scritto che Kelsen, significativamente insieme a Hobbes, era stato il pensatore che aveva segnato tutto il suo percorso di studi³⁶.

Questa impronta di Bobbio nella storia della recezione italiana di Hans Kelsen ha portato per lungo tempo a una lettura del giurista viennese soprattutto come teorico del diritto, fino a far sconfinare la *Grundnorm* nell'immaginario letterario³⁷; mettendo non di rado in ombra il Kelsen costituyente e costituzionalista, ma anche il Kelsen internazionalista e sociologo della storia delle istituzioni. In questo quadro va inserita anche l'accoglienza a *Society and nature* in Italia. La prima traduzione italiana, infatti, avvenne l'anno successivo a quella della *Reine Rechtslehre*, ancora per Einaudi³⁸. Tuttavia, la pubblicazione italiana di quest'opera non suscitò particolare eco: anzi, fatta salva l'eccezione costituita dalla recensione di Uberto Scarpelli, all'epoca allievo di Solari e Bobbio, sulla *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*³⁹, *Società e natura* fu accolta da un generale silenzio, che fu rotto solo da Lucio Colletti nel 1989⁴⁰: questo è quanto scrive Renato Treves, nel saggio che accompagna la seconda edizione dell'opera, pubblicata da Bollati Boringhieri nel 1992⁴¹. Ma non fu proprio così.

³³ MARIO G. LOSANO, *Kelsen «torinese»*, relazione al convegno *Hans Kelsen nella scienza giuridica italiana*, 3-4 aprile 2023, Istituto Austriaco di Cultura di Roma.

³⁴ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anfang: das Problem der Gerechtigkeit*, Wien: Deuticke, 1960; trad. it. di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi, 1966. Dalla pubblicazione di questa seconda edizione, la prima, a cura di Treves, ha assunto nel catalogo Einaudi il titolo di *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, con una nuova introduzione di Treves, nella quale anch'egli replicò alle critiche capogrossiane (cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* cit. p. 20).

³⁵ N. BOBBIO, *Prefazione a Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 1992, p. 2.

³⁶ ID., *Autobiografia* cit. p. 141. Tra le altre opere di Bobbio su o con importanti riferimenti a Kelsen si possono ricordare: *Teoria della norma giuridica*, Torino: Giappichelli, 1958; *Hans Kelsen*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto* (1973), poi raccolto come *Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen*, in N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano: Edizioni di comunità, 1977.

³⁷ Mi riferisco ad A. TABUCCHI, *La testa perduta di Damasceno Monteiro*, Milano: Feltrinelli, 1997. Più in generale, sull'influenza di Bobbio sulla cultura italiana: AAVV, *Norberto Bobbio tra diritto e politica*, Roma – Bari: Laterza, 2005.

³⁸ H. KELSEN, *Società e natura. Ricerca sociologica*, trad. it. a cura di Laura Fuà, Torino: Einaudi, 1953.

³⁹ U. SCARPELLI, *Società e natura nel pensiero di Hans Kelsen*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1954, p. 767.

⁴⁰ L. COLLETTI, *Pagine di filosofia e politica*, Milano: Rizzoli, 1989, pp. IV e 57.

⁴¹ R. TREVES, *Società e natura nell'opera di Hans Kelsen* cit. pp. 11-2.

3. Da Kant a Kelsen, passando per Croce e Marx

L'esordio di Francesco Albergamo, nato a Favara, nell'agrigentino, nel 1896, era avvenuto con il *Saggio di una concezione filosofica della scienza*, pubblicato a Napoli nel 1934⁴², nel quale già si delineano il percorso, a quell'epoca abbastanza solitario, e gli interessi dello studioso siciliano: l'elaborazione di una riflessione filosofica sulla scienza, che recependo il meglio della produzione straniera, introducesse nel dibattito filosofico italiano le deflagranti novità del '900. Nella nostra prospettiva è interessante che già in quegli anni Albergamo ritenesse necessario un ripensamento in chiave storica del principio di causalità, poiché seppure kantianamente convinto che «l'esperienza è resa possibile dalle forme trascendentali», nondimeno era giunto alla conclusione che queste non fossero «necessarie, bensì contingenti: la matematica non euclidea, non archimedea, degli iperspazi, le relatività einsteiniana, il principio di Heisenberg ecc.» ne «provano la contingenza». Il filosofo siciliano ne derivava la conclusione che una scienza fosse «costruibile anche se s'ignora il principio di causalità e si finge che i fenomeni si succedano a caso, secondo le leggi matematiche della probabilità»⁴³.

In questa prima fase dell'itinerario intellettuale di Albergamo, egli si accredita tra i maggiori studiosi dell'opera kantiana, curando per la celebre collana filosofica di Laterza la prima edizione italiana dei *Prolegomeni*⁴⁴, e pubblicando due saggi su Kant e la scienza moderna⁴⁵, il primo dei quali fu giudicato «una delle più efficaci sistemazioni speculative sulla scienza, compresa quella del Croce alla quale strettamente si connette» da Guido De Ruggiero⁴⁶; mentre lo stesso Croce lo giudicò «assai ben pensato e ragionato»⁴⁷. Albergamo, nel frattempo, aveva pubblicato un manuale di storia della filosofia per i licei⁴⁸, mentre nel 1940 aveva ottenuto la libera docenza in Filosofia teoretica. Al principiare degli anni '40 pubblicò la monografia *La critica della scienza nel Novecento*, per i tipi della Nuova Italia, nella quale enucleò dal sistema crociano una coerente epistemologia. La reazione del filosofo alla riflessione di Albergamo fu di soddisfatta riconoscenza:

...debbo esserle grato della trattazione che ha rivolto alle tesi da me sostenute circa la dottrina della scienza: trattazione che è frutto di amorosa penetrazione e che è condotta in modo personale, tantoché io, autore, mi sono molto interessato nel vedermi ripresentato da Lei e, più volte, mi sono approvato nelle

⁴² F. ALBERGAMO, *Saggio di una concezione filosofica della scienza*, Napoli: Loffredo, 1934.

⁴³ Lettera di F. Albergamo a C. Ottaviano, 12 ottobre 1937, in V. ALBERGAMO – M. ALBERGAMO, *Francesco Albergamo filosofo del '900*, Napoli: Miligraf, 2020, p. 109.

⁴⁴ I. KANT, *Prolegomeni ad ogni metafisica futura che vorrà presentarsi come scienza*, Bari: Laterza, 1938.

⁴⁵ F. ALBERGAMO, *Il criticismo kantiano e la scienza moderna*, in *Atti della Società italiana per il progresso delle scienze*, 1939; *Kant e la scienza moderna* in *Archivio della cultura italiana*, I, 3, 1939, pp. 253-274.

⁴⁶ V. ALBERGAMO – M. ALBERGAMO, *Francesco Albergamo* cit., p. 44 nt. 44.

⁴⁷ Lettera di Benedetto Croce a Francesco Albergamo, 21 dicembre 1939, in V. ALBERGAMO – M. ALBERGAMO, *Francesco Albergamo* cit., p. 114.

⁴⁸ F. ALBERGAMO, *Disegno storico della filosofia. Ad uso dei licei classici e degli istituti magistrali*, Milano: Signorelli, 1934.

sue parole. Come Ella ricorda, avevo sempre desiderato che quel mio tracciato logico fosse ripigliato ed esaminato da chi ha maggiore pratica che io non abbia con la scienza naturale e la matematica⁴⁹.

Da quel tempo Albergamo è accolto nella cerchia degli intellettuali più vicini a Croce, «uno dei pochi spiriti rimasti liberi in Europa», come ebbe a dire negli stessi anni Karl Löwith⁵⁰. La Seconda guerra mondiale, la caduta del fascismo e l'immediato dopoguerra vedono ancora Albergamo gravitare nell'orbita crociana: troviamo infatti il filosofo siciliano autore di una *Storia della logica nelle scienze esatte*⁵¹, con dedica a Benedetto Croce, e col sostegno del filosofo napoletano dare vita a una collana di studi sul pensiero scientifico per l'editore Laterza: ma dopo i volumi di Laplace⁵², Bachelard⁵³, *Scienza e natura* di J.W. Goethe⁵⁴ e *Le scienze naturali nella filosofia di Benedetto Croce* di A.M. Frankel⁵⁵, la collana fu chiusa dall'editore. L'Italia degli anni '50 non era ancora pronta per una conoscenza non accidentale della riflessione sulla scienza.

In realtà, quel 1952, che vide la pubblicazione della sua *Storia della logica nelle scienze empiriche*⁵⁶, segna anche l'allontanamento di Albergamo dall'idealismo crociano. In una lettera del febbraio di quell'anno, infatti, egli comunica all'amico Lucio Lombardo Radice di essersi ormai «totalmente liberato» dal crocianesimo⁵⁷; mentre nella sua *Prefazione* a Frankel aveva scritto della «necessità di porre a fondamento della scienza non già, come sostiene il Croce, lo spirito, bensì la natura, cioè qualcosa di ben reale»⁵⁸. Due articoli sull'*Avanti!* nel 1953 segneranno il definitivo distacco del filosofo siciliano dalla filosofia crociana⁵⁹. La successiva adesione al Partito comunista lo vede diventare scrittore prolifico nella stampa d'area, celebrando Avicenna su *Rinascita*, intervenendo più volte su *Critica marxista*, ma anche su *Società* di Ranuccio Bianchi Bandinelli o su *Belfagor* di Luigi Russo. Il rapporto segreto di Krusciov al XX congresso del PCUS e soprattutto l'allineamento togliattiano all'invasione dell'Ungheria nel 1956, tuttavia, scossero profondamente Albergamo, che con una lettera «ingenua» -

⁴⁹ Lettera di Benedetto Croce a Francesco Albergamo, 12 agosto 1941, in V. ALBERGAMO – M. ALBERGAMO, *Francesco Albergamo* cit., pp. 177-8. Su questa lettera di Croce cfr. F. TESSITORE, *La ricerca dello storicismo. Studi su B. Croce*, Bologna: Il Mulino, 2012, pp. 613-5.

⁵⁰ K. LÖWITH, *La mia vita in Germania*, trad. it. a cura di E. Grillo, Milano: Il Saggiatore 1988, p. 118.

⁵¹ F. ALBERGAMO, *Storia della logica nelle scienze esatte*, Bari: Laterza, 1947.

⁵² S. LAPLACE, *Saggio filosofico sulla probabilità*, Bari: Laterza 1951.

⁵³ G. BACHELARD, *Il nuovo spirito scientifico*, ivi.

⁵⁴ J.W. GOETHE, *Scienza e natura*, Bari: Laterza, 1952.

⁵⁵ A.M. FRANKEL, *Le scienze naturali nella filosofia di Benedetto Croce*, ivi.

⁵⁶ F. ALBERGAMO, *Storia della logica nelle scienze empiriche*, Bari: Laterza, 1952.

⁵⁷ Lettera di Francesco Albergamo a Lucio Lombardo Radice, 12 febbraio 1952, in V. ALBERGAMO – M. ALBERGAMO, *Francesco Albergamo* cit., p. 147.

⁵⁸ F. ALBERGAMO, Pref. a A.M. FRANKEL, *Le scienze naturali* cit. p. 27.

⁵⁹ ID., *Il problema delle scienze nella filosofia di Croce*, *Avanti!*, 16 gennaio 1953; *Il tallone di Achille della filosofia idealista*, ibidem, 17 gennaio 1953.

come la definì molti anni dopo ancora all'amico Lombardo Radice⁶⁰ - al Comitato federale del PCI di Napoli, volle prendere le distanze dallo stalinismo nell'URSS e nello stesso PCI. Nella nostra prospettiva, è interessante che in quella sua presa di posizione egli scriva che «la dittatura del proletariato nell'Unione sovietica non è che un mito, che si dissolve al lume di un'obiettiva conoscenza storica»⁶¹.

Nei successivi anni '60 vi fu un significativo mutamento nei suoi interessi, che si annunciò in uno scritto del 1964⁶²: il nuovo campo d'indagine che si era aperto per il filosofo siciliano era l'antropologia; anzi, la gnoseologia sociale che gli studi antropologici e sociologici avevano fatto venire in rilievo, quella che da quel momento Albergamo, riprendendo Lucien Lévy-Bruhl, definisce «prelogica». Ed è precisamente in questo contesto che egli incontra l'opera di Hans Kelsen: il Kelsen sociologo, quello di *Società e natura*. Del resto, la teoria del diritto non solo non costituiva per Albergamo oggetto primario di studio, ma soprattutto non avrebbe potuto interessarlo la *Reine Rechtslehre* o la *Stufenbautheorie*, come architettura formale che coniuga positivismo giuridico e positivismo logico: tendenza filosofica quest'ultima, verso la quale egli mostrava più di una riserva⁶³.

4. Fenomenologia della superstizione e Mito e magia

Albergamo pubblica nel 1967 una *Fenomenologia della superstizione*⁶⁴ e nel 1970 la monumentale *Mito e magia*⁶⁵. Nella prima opera le citazioni da *Società e natura* sono 19, nella seconda addirittura 70. Del resto, in *Società e natura* il filosofo siciliano aveva ritrovato significative coincidenze con alcune sue riflessioni. Kelsen fonda infatti la sua ricerca sul carattere contingente del principio di causalità e su una critica a Kant:

La causalità non è una forma di pensiero che la coscienza umana possiede per naturale necessità; la causalità non è - come sostiene Kant - una «nozione innata». Nella storia del pensiero umano si riscontrano alcuni periodi in cui l'uomo non

⁶⁰ Francesco Albergamo a Lucio Lombardo Radice, 30 luglio 1972, in V. ALBERGAMO – M. ALBERGAMO, *Francesco Albergamo* cit., p. 184.

⁶¹ Francesco Albergamo al Comitato federale del PCI di Napoli, dicembre 1958, in V. ALBERGAMO – M. ALBERGAMO, *Francesco Albergamo* cit., p. 172.

⁶² F. ALBERGAMO, *Sopravvivenza della prelogica nel pensiero scientifico e filosofico*, in *Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche della Società nazionale di Scienze, Lettere ed Arti in Napoli*, vol. 75, Napoli: Stabilimento tipografico G. Genovese, 1964.

⁶³ «...il positivismo logico si pone da se stesso nella fase prehegeliana della logica, e così per esso la dialettica rimane un mero libro chiuso con sette suggelli» (F. ALBERGAMO, *La teoria dei quanti nelle interpretazioni fenomenistiche del Reichenbach*, in *Actes du VIIIe Congrès International d'histoire des sciences, Florence - Milan 3-9 septembre 1956*, Vinci: Gruppo italiano di storia delle scienze, 1958, Vol. I, p. 259).

⁶⁴ F. ALBERGAMO, *Fenomenologia della superstizione*, Roma: Editori Riuniti, 1967.

⁶⁵ ID., *Mito e magia*, Napoli: Guida 1970.

pensa secondo il principio di causalità, cioè non collega in base al principio di causalità i fatti percepiti per mezzo dei sensi, ma in base agli stessi principi che regolano la sua condotta nei confronti degli altri uomini. La legge di causalità come principio del pensiero scientifico compare solo quando lo sviluppo mentale ha raggiunto un livello relativamente alto. I popoli primitivi la ignorano⁶⁶.

Il maestro praghese fa sua anche l'ipotesi della sostituzione della necessità assoluta con la probabilità statistica, anche se ritiene di doversi astenere dal collegarla al principio di indeterminazione della teoria dei quanti, citando anch'egli a questo proposito il probabilismo di Laplace⁶⁷. In realtà, *Società e natura*, attraverso una sociologia dell'idea di giustizia, che si delinea attraverso un lungo excursus che si muove tra popoli primitivi e la cultura dei Greci fino alla scienza moderna, presenta al lettore il progressivo affrancamento dalla primitiva concezione della natura, retta da un certo monismo gnoseologico, dovuto all'estensione della dimensione sociale umana al mondo esterno - di cui sono manifestazioni l'animismo e la tendenza all'entificazione, nel dominio incontrastato nell'interpretazione degli eventi attraverso la regola del contrappasso - alla scoperta della legge di causalità, che fa sorgere, nella conquistata autonomia delle scienze della natura, appunto il dualismo tra società e natura. Si tratta, per molti versi, dell'altra faccia della *Dottrina pura del diritto*: il lavoro sociologico di Kelsen mostra ciò che il processo di purificazione del giuridico ha voluto escludere dal suo ambito gnoseologico, in quanto non scientifico; ma che ritrova la sua dignità di oggetto conoscitivo nella sociologia, intesa come critica della civiltà. Del resto, proprio l'emancipazione della scienza naturale dalla dimensione del contrappasso e la distinzione tra principio di causalità naturale e rapporto d'imputazione sono il presupposto della celebre distinzione della *Dottrina pura* kelseniana tra *Müssen* e *Sollen*: «la legge naturale dice: Se c'è A deve necessariamente (*mus*) esserci B, la legge giuridica dice: Se c'è A deve (*soll*) esserci B»⁶⁸.

Le due monografie di Albergamo innanzitutto condividono con quella di Kelsen la costellazione degli autori di riferimento, a partire da Lucien Lévy-Bruhl. Ovviamente nella *Fenomenologia della superstizione* si riscontrano molteplici richiami anche alla cultura italiana, tra i quali, se non appaiono imprevedibili le presenze di Benedetto Croce o di Cesare Musatti, meno scontata è quella di Cosmo Guastella, filosofo siciliano teorico del fenomenismo, da cui Albergamo riprende l'idea che «vi ha in tutte le epoche, nella storia della metafisica, un certo numero di concezioni generali, di cui i diversi sistemi non sono che delle

⁶⁶ H. KELSEN, *Società e natura* cit. p. 13. Analoga tesi si riscontra a proposito della nozione di tempo. Ivi, p. 36.

⁶⁷ Ivi, p. 392.

⁶⁸ H. KELSEN, *Dottrina pura del diritto* cit. p. 64.

modificazioni particolari o delle combinazioni»⁶⁹. L'impianto dell'opera è la rappresentazione del rapporto tra prelogica, nelle sue distinte caratterizzazioni di prelogica affettiva e prelogica associativa, e le molteplici pratiche, tradizioni, credenze, istituzioni, rinvenibili nella storia, nell'antropologia e nella stessa filosofia. Per Albergamo la prelogica affettiva è ciò che si riscontra nelle credenze determinate dalla prevalenza della suggestione emotiva sull'intelligenza; invece, la prelogica associativa rimanda ai riflessi pavloviani, come paradigma dell'associazione tra un fatto e quello successivo, nonostante il primo sia privo di qualunque rapporto logico col secondo. È interessante che, quanto alla prelogica affettiva, all'interno della quale Albergamo fa rientrare tutti i fenomeni collegati alle pratiche magiche, vi sia il doppio richiamo a Freud e Kelsen⁷⁰; mentre egli consideri fenomeni di prelogica associativa l'animismo e l'entificazione. Non privo di significato è che all'interno di tale categoria Albergamo inserisca anche l'idealismo⁷¹, ogni finalismo⁷², ma pure l'assunzione della scienza a modello di conoscenza⁷³ e lo stesso formalismo kantiano⁷⁴. La *Fenomenologia* di Albergamo è ricchissima di casi, modelli, e rappresentazioni della prelogica, tratti dalla letteratura sociologica e antropologica, ma anche dalla sua stessa esperienza. Così, a proposito delle *ianare*, che invocano e quasi pretendono da San Gennaro il miracolo della liquefazione del sangue (Albergamo visse e insegnò in un liceo napoletano fin dagli anni '30), fenomeno che inserisce nelle manifestazioni di prelogica affettiva, ricorda che per Kelsen anche l'uomo «civile» può pensare che Dio possa essere un suo strumento⁷⁵. Interessante è altresì l'individuazione da parte del filosofo siciliano di tracce di echi marxiani nella riflessione del giurista praghese:

Che le pratiche magiche e ogni altra credenza prelogica siano dovute anche e soprattutto alla carenza di condizioni materiali è riconosciuto, tra gli altri, dal Kelsen: «ciò spiega anche la posizione di primo piano che la cosiddetta *magia* ha nella vita dell'uomo primitivo. Essa consiste soprattutto nel fatto che quanto più debole è il dominio della tecnica sulla natura, tanto più l'uomo sente la necessità di propiziarsi gli esseri sovrumani... egli immagina l'esistenza di questi esseri superiori soprattutto perché spera che il loro potere possa soddisfare le sue necessità»⁷⁶.

Non priva d'interesse è la spiegazione del tradizionalismo, come caratteristica delle società primitive, e del culto dei morti come presupposto delle norme che

⁶⁹ C. GUASTELLA, *Le ragioni del fenomenismo*, Palermo: Priulla 1921/1922, vol. I, p. 7 cit. in F. ALBERGAMO, *Fenomenologia* cit. p. 258. È da notare che in questo testo ricorra invece una sola menzione di Husserl.

⁷⁰ F. ALBERGAMO, *Fenomenologia* cit. p. 13.

⁷¹ Ivi, p. 163 e ss.

⁷² Ivi p. 149 e ss.

⁷³ Ivi p. 227 e ss.

⁷⁴ Ivi p. 243 e ss.

⁷⁵ Ivi, p. 13.

⁷⁶ H. KELSEN, *Società e natura* cit., p. 18, cit. in ALBERGAMO, *Fenomenologia* cit. p. 22 nt. 1

reggono la comunità. Scrive a questo proposito Kelsen, ripreso da Albergamo: «i morti governano i vivi: perciò il passato è considerato sacro. Solo quello che hanno fatto gli antenati deve essere ancora fatto, e per ottenere pieno successo e per allontanare la disgrazia, lo si deve fare come essi l'hanno fatto»⁷⁷. Albergamo inserisce anche questa fenomenologia all'interno della prelogica affettiva, riprendendo da Kelsen la citazione di uno sciamano eschimese: «noi ci comportiamo così perché i nostri padri hanno ereditato dai loro padri tutte le vecchie norme di vita che si basano sull'esperienza e sulla saggezza di generazioni e generazioni. Noi non sappiamo come, non possiamo dire il perché, ma osserviamo quelle norme per vivere tranquilli»⁷⁸. Il giurista praghese, da teorico del diritto, si sofferma più ampiamente su questa problematica, con un'accurata disanima delle fonti letterarie greche, da Omero ai tragici, offrendo un'interpretazione della relazione tra Erinni e legge del contrappasso, e arrivando alla conclusione dello «stretto rapporto tra la concezione dell'anima e quella della legge»⁷⁹. Tuttavia, degno di nota è il fatto che non ricorra a questa altezza in Kelsen e neppure in Albergamo alcun richiamo esplicito a *Totem e tabù*.

Tre anni dopo la *Fenomenologia della superstizione*, nel 1970, Albergamo pubblica *Mito e magia*, nel quale offre una più ampia e riveduta sistemazione della materia. L'opera si apre con una vera e propria genealogia della prelogica nella storia della filosofia, da Francesco Bacone in poi: una prospettiva che rinviene anche in G.B. Vico le categorie dell'entificazione e dell'animismo e, anticipando di qualche anno i *nouveaux philosophes*, «il primitivo che è in noi»⁸⁰; vi si ritrovano Cosmo Guastalla e Benedetto Croce. Tuttavia, la nuova riflessione di Albergamo attribuisce una certa centralità non solo a Lévi-Bruhl, a Mauss o a Frazer, ma soprattutto a Freud e Piaget:

La prelogica - specie di paleontologia della mente umana - porta alla luce della nostra consapevolezza i processi inconsci onde si generano il mito e la magia. (...) In comune con la psicanalisi la prelogica ha anche questo, che la suggestione si dissolve non appena il soggetto si renda capace di portare alla luce della sua coscienza il processo inconscio che l'ha generata. (...) Entrambe contribuiscono dunque alla conoscenza di noi stessi⁸¹.

In questa prospettiva, il filosofo siciliano tende a riorientare la sua riflessione sul piano metodologico. In via generale, riprendendo Marcel Mauss, egli ritiene che il mito costituisca il momento conoscitivo e trasfigurato della realtà, mentre la magia ne esprima la dimensione pratica, la tecnica che riesce a sostituire le immagini del mito alla realtà⁸². Albergamo chiarisce, tuttavia, che le stesse

⁷⁷ Ivi, p. 45.

⁷⁸ Ivi, p. 70.

⁷⁹ H. KELSEN, *Società e natura* cit., p. 332.

⁸⁰ F. ALBERGAMO, *Mito e magia* cit. p. 33. Mi riferisco evidentemente a B.H. LEVI, *La Barbarie à visage humain*, Paris: Grasset, 1977, trad. it. *La barbarie dal volto umano*, Padova: Marsilio, 1977.

⁸¹ Ivi, p. 367.

⁸² Cfr. ivi, p. 365.

definizioni di prelogica, mentalità primitiva, ecc. non devono essere intese in un quadro eurocentrico, sono piuttosto espressioni convenzionali⁸³: l'idea che ai primitivi non compete un pensiero logico, afferma, «non è che la forma rammodernata di quell'altra - diffusasi dopo la scoperta del Nuovo Mondo - che negava agli indiani di America il possesso di un'anima»⁸⁴. In realtà, una sorta di pregiudizio evolucionistico-eurocentrico per l'uso della categoria di «popoli primitivi» era stata la critica espressa dallo stesso Mauss a Kelsen, nel ricordato convegno parigino del 1936, per le idee che sarebbero poi sfociate in *Società e natura*⁸⁵.

Anche in *Mito e magia*, come detto, le citazioni da Kelsen sono innumerevoli: spesso il suo nome ricorre affiancato di nuovo a quello del padre della psicanalisi⁸⁶; in altre occasioni per la sua ricerca sull'entificazione, come «tendenza a sostanzializzare», giacché «le forze impersonali non esistono per l'uomo primitivo»⁸⁷. Albergamo riprende da Kelsen altresì la teoria dell'animazione⁸⁸ o alcuni aspetti della riflessione in tema di causalità per semplice associazione⁸⁹; nonché l'analisi del finalismo e la connessa teoria del peccato originale⁹⁰, che a Kelsen appare fenomeno universale, ricorrendo in tutte le culture⁹¹: ma ciò, osserva Albergamo, non è che la conferma delle teorie freudiane⁹². Infatti, a differenza che nella *Fenomenologia*, in *Mito e magia* è dedicato ampio spazio a *Totem e tabù*⁹³.

5. Conclusioni: la lotta per la ragione moderna

La sintonia tra Albergamo e Kelsen in realtà si muove su uno dei crinali fondamentali della stessa riflessione kelseniana: lo spirito scientifico e la lotta per la difesa della ragione moderna. Questo appare anche il significato più profondo della dottrina pura del diritto, una teoria del diritto e dello Stato interamente filtrata dalle mitologie politiche e dalle suggestioni metafisiche, dalla «tendenza a sostanzializzare», che vuole presentarsi come scienza, seppure con le sue peculiarità, e paradigma di disciplinamento sociale degli ordinamenti democratici⁹⁴. Kelsen negli scritti del dopoguerra avrebbe ripreso più volte il

⁸³ Ivi, p. 82.

⁸⁴ Ivi, p. 368.

⁸⁵ Cfr. R. TREVES, *Società e natura nell'opera di Hans Kelsen* cit. p. 3.

⁸⁶ F. ALBERGAMO, *Mito e magia* cit., pp. 43 e 100

⁸⁷ Ivi, pp. 260-1 e p. 328.

⁸⁸ Ivi, p. 305.

⁸⁹ Ivi, p. 235.

⁹⁰ Ivi, p. 322.

⁹¹ Ivi, p. 322.

⁹² Ivi, p. 326.

⁹³ Ivi, pp. 119 e 203.

⁹⁴ Su Kelsen pensatore democratico, *ex plurimis*: S. LAGI, *Democracy in Its Essence: Hans Kelsen As a Political Thinker*, Lanham, Maryland: Lexington Book, 2020.

tema, fino alla monografia *Religione secolare*, la cui pubblicazione però fermò anch'essa in tipografia, e fu pubblicata solo postuma dall'Hans Kelsen-Institut di Vienna⁹⁵. Sia il maestro praghese che il filosofo siciliano morirono nel 1973, e dunque Albergamo non poté leggere quest'ultima opera kelseniana: una critica generale stavolta delle categorie della teologia politica e della secolarizzazione, nell'accorata difesa dell'autonomia della modernità: una difesa, che rinvia a un clima più generale della riflessione europea di quegli anni, e che si può rinvenire nelle analoghe prese di posizione di Hans Blumenberg⁹⁶.

Dal canto suo, Albergamo, pioniere della filosofia della scienza in Italia, fu analogamente sostenitore e paladino della forza emancipatrice della ragione, di fronte a ogni possibile resistenza, arretramento o turbamento: mostrando nelle sue ultime opere uno speciale gusto, si potrebbe dire di ascendenza illuministica-volterriana, per il disvelamento del «primitivo che è in noi», attraverso un percorso che, coniugando filosofia, antropologia e psicanalisi, incluse pure la tradizione del pensiero italiano e lo stesso Benedetto Croce, al quale infine riconobbe che «compendia in sé – e lo possiamo ben dire - lo spirito del mondo moderno»⁹⁷. Nel finale della sua *Fenomenologia* aveva scritto:

(non vi è) una storia della metafisica e delle credenze prelogiche in quanto tali, ma una storia di esse in quanto storia della società e delle istituzioni politiche e religiose che più o meno consapevolmente le utilizzano. (...) L'intelligenza si è (...) sviluppata nella lotta titanica che ha dovuto sostenere per emanciparsi dalla mentalità prelogica: superando vittoriosamente questa lotta, è riuscita a distanziarsi tanto da quella che essa era ai suoi albori, quanto le nostre macchine cibernetiche e i nostri razzi interplanetari sopravanzano le pietre scheggiate dei nostri progenitori⁹⁸.

Un pensiero che Hans Kelsen avrebbe potuto certamente fare proprio.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

F. ALBERGAMO, *Saggio di una concezione filosofica della scienza*, Napoli: Loffredo, 1934; *Disegno storico della filosofia. Ad uso dei licei classici e degli istituti magistrali*, Milano: Signorelli, 1934; *Il criticismo kantiano e la scienza moderna*, in *Atti della Società italiana per il progresso delle scienze*, 1939; *Kant e la scienza moderna* in *Archivio della cultura*

⁹⁵ H. KELSEN, *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science and Politics as «New Religions»* (1964), Wien-New York: Springer, 2012; trad. it. a cura di P. Di Lucia e L. Passerini Glazel, *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come «nuove religioni»*, Milano: Raffaello Cortina, 2014.

⁹⁶ H. BLUMENBERG, *Die Legitimität der Neuzeit*, Berlin: Suhrkamp, 1966, trad. it. a cura di C. Marelli, *La legittimità dell'età moderna*, Genova: Marietti, 1992.

⁹⁷ F. ALBERGAMO, *Mito e magia* cit. p. 77.

⁹⁸F. ALBERGAMO, *Fenomenologia* cit. pp. 258 e 260.

italiana, I, 3, 1939, pp. 253-274; *Storia della logica nelle scienze esatte*, Bari: Laterza, 1947; *Storia della logica nelle scienze empiriche*, Bari: Laterza, 1952; *Il problema delle scienze nella filosofia di Croce*, in *Avanti!*, 16 gennaio 1953; *Il tallone di Achille della filosofia idealista*, in *Avanti!*, 17 gennaio 1953; *La teoria dei quanti nelle interpretazioni fenomenistiche del Reichenbach*, in *Actes du VIIIe Congrès International d'histoire des sciences, Florence - Milan 3-9 septembre 1956*, Gruppo italiano di storia delle scienze, 1958, Vol. I; *Sopravvivenza della prelogica nel pensiero scientifico e filosofico*, in *Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche della Società nazionale di Scienze, Lettere ed Arti in Napoli*, vol. 75, Napoli: Stabilimento tipografico G. Genovese, 1964; *Fenomenologia della superstizione*, Roma: Editori Riuniti, 1967; *Mito e magia*, Napoli: Guida, 1970; V. ALBERGAMO – M. ALBERGAMO, *Francesco Albergamo filosofo del '900*, Napoli: Miligraf, 2020; AAVV, *Norberto Bobbio tra diritto e politica*, Roma – Bari: Laterza, 2005; G. BACHELARD, *Il nuovo spirito scientifico*, Bari: Laterza 1951; H. BLUMENBERG, *La legittimità dell'età moderna*, trad. it. a cura di Cesare Marelli, Genova: Marietti, 1992; N. BOBBIO, *La dottrina pura del diritto e i suoi critici*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, VIII, 2, ripubblicato in Id., *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli, 1955; *Teoria della norma giuridica*, Torino: Giappichelli, 1958; *Hans Kelsen*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (1973), ripubblicato come *Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen*, in Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano: Edizioni di comunità, 1977; *Autobiografia*, Roma-Bari: Laterza, 1989; *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 1992. P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, Roma-Bari: Laterza, 2008; G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 4, pp. 767-810; L. COLLETTI, *Pagine di filosofia e politica*, Milano: Rizzoli, 1989; B. DE GIOVANNI, *Kelsen e Schmitt. Oltre il Novecento*, Napoli: Editoriale scientifica, 2018; V. FROSINI, *Kelsen e il pensiero giuridico italiano*, in *Il Velcro*, XXI, 1977, 5-6, pp. 761-8. A.M. FRANKEL, *Le scienze naturali nella filosofia di Benedetto Croce*, Bari: Laterza, 1952; J.W. GOETHE, *Scienza e natura*, Bari: Laterza, 1952; C. GUASTELLA, *Le ragioni del fenomenismo*, Palermo: Priulla, 1921 /1922; I. KANT, *Prolegomeni ad ogni metafisica futura che vorrà presentarsi come scienza*, Bari: Laterza, 1938. H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1924, pp. 340-357; *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg: R. Heise, 1928; *Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto*, 1929, trad. it. di D. Mattalia, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1931, pp. 124-135; *La dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali*, in *Archivio giuridico*, CX, 26, 1933; *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig und Wien: F. Deuticke, 1934; *La dottrina pura del diritto*, traduzione e prefazione di R. Treves, Torino: Einaudi, 1952; ora *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi, 1967; *Vergeltung und Kausalität. Eine Soziologische Untersuchung*, Aja: W. P. Van Stockum, 1941; *Society and nature: a sociological inquiry*, Chicago, Illinois: The University of Chicago Press, 1943; trad. it. a cura di Laura Fuà, *Società e natura. Ricerca sociologica*, Torino, Einaudi, 1953; 2' ed. Torino: Bollati Boringhieri, 1992; *Teoria generale del diritto e dello Stato*, a cura di S. Cotta e G. Treves, Ivrea: Comunità, 1952; *La democrazia*, trad. it. di G. Melloni, Bologna: Il Mulino, 1955; *Reine*

Rechtslehre. Mit einem Anfang: das Problem der Gerechtigkeit, Wien: Deuticke, 1960; trad. it. di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi, 1966; *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano: Giuffrè, 1981; *L'anima e il diritto. Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo*, a cura di A. Carrino, Roma: Edizioni Lavoro, 1989; *Scritti autobiografici*, a cura di M.G. Losano, Reggio Emilia: Diabasis, 2008; *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science and Politics as «New Religions»* (1964), Wien-New York: Springer, 2012; trad. it. a cura di P. Di Lucia e L. Passerini Glazel, *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come «nuove religioni»*, trad. it. di, Milano: Raffaello Cortina, 2014; G. LA PIRA, *Premesse alla Politica*, Firenze: Libreria Editrice Fiorentina, 2004; S. LAGI, *Democracy in Its Essence: Hans Kelsen As a Political Thinker*, Lanham, Maryland USA: Lexington Book, 2020; S. LAPLACE, *Saggio filosofico sulla probabilità*, Bari: Laterza 1951; B.H. LEVI, *La Barbarie à visage humain*, Paris: Grasset, 1977; M. LOSANO, *Presenze italiane in Kelsen*, in H. KELSEN, U. CAMPAGNOLO, *Diritto internazionale e Stato sovrano*, Milano; Giuffrè, 1999; M.G. LOSANO – M. MARCHETTI – R. ORSINI – D. SORIA, *La fortuna di Kelsen in Italia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 8, 1979, pp. 465-500; K. LÖWITZ, *La mia vita in Germania*, trad. it. a cura di E. Grillo, Milano: Il Saggiatore 1988; J. LUTHER, *La dottrina generale di Kelsen in Italia, semper docet?* saggio introduttivo a H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, 1925, trad. it. a cura di J. Luther ed E. Daly, Milano: Giuffrè, 2013; M. MARCHETTI, *La fortuna di Kelsen prima della Seconda guerra mondiale*, in M. MARCHETTI – R. ORSINI – D. SORIA, *La fortuna di Kelsen* cit. p. 470 ss. T. PARSONS, *Society and Nature, A Sociological Inquiry by Hans Kelsen*, in *Harvard Law Review*, LVIII, 1944, pp. 140-4; V. POCAR, *Treves, Renato*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 96, Roma: Treccani, 2019; H. POINCARÉ, *Il valore della scienza*, Firenze: La Nuova Italia, 1947 (rist. 1952); Id., *La scienza e l'ipotesi*, ivi, 1949; U. POMARICI, *Capograssi, Giuseppe* in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto*, Roma: Treccani, 2012; F. RICCOBONO, *Kelsen in Italia. Bibliografia*, in *Il Veltro*, XXI, 1977, 5-6, pp. 769-82; *Kelsen e la religione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2013, pp. 395-410; U. SCARPELLI, *Società e natura nel pensiero di Hans Kelsen*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (1954), p. 764 ss.; C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano: Giuffrè, 1981; A. TABUCCHI, *La testa perduta di Damasceno Monteiro*, Milano: Feltrinelli, 1997; F. TESSITORE, *La ricerca dello storicismo. Studi su B. Croce*, Bologna: Il Mulino, 2012; R. TREVES, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, in *Atti della Reale Accademia delle scienze di Torino*, LXIX (1933-1934), pp. 52-90; *Società e natura nell'opera di Hans Kelsen*, in H. KELSEN, *Società e natura*, Torino: Bollati Boringhieri, 1992; *Il diritto come relazione: saggi di filosofia della cultura*, a cura di A. Carrino; prefazione di N. Bobbio, Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 1993; A. VOLPICELLI, *Dal parlamentarismo al corporativismo. Polemizzando con H. Kelsen*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, II, 1929, 5, pp. 253-266; *Dalla democrazia al corporativismo*, ibidem, III, 1930, 1, pp. 1-20; R. WALTER, *Hans Kelsen - Ein Leben im Dienste der Wissenschaft. (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 10)*, Wien: Manz Verlag, 1985.

ABSTRACT

Nella recezione italiana di Hans Kelsen, segnata dall'interpretazione di Norberto Bobbio, in un posto a sé stante si colloca *Society and Nature*: opera del maestro praghese poco commentata e poco ripresa per decenni nel dibattito teorico giuridico italiano. A questo panorama fa eccezione la riflessione di Francesco Albergamo, studioso al di fuori dei circuiti accademici, ma tra i primi maestri della filosofia della scienza in Italia, transitato dal crocianesimo a un marxismo in linea con la tradizione filosofica italiana, il quale colloca il pensiero sociologico di Kelsen tra i punti di riferimento delle sue ultime opere. La comune lotta in difesa della ragione moderna costituisce lo sfondo dell'incontro tra i due pensatori.

In the Italian reception of Hans Kelsen, marked by the interpretation of Norberto Bobbio, *Society and Nature* stands in a place of its own: a work by the Prague master that has been little commented on and almost never taken up again for decades in the Italian legal theoretical debate. An exception to this is the reflection of Francesco Albergamo, a scholar outside the academic circuits, but among the first masters of the Philosophy of science in Italy, who transitioned from Croceanism to a Marxism in line with the Italian philosophical tradition, who places Kelsen's sociological thought among the points of reference for his latest works. The common struggle in defense of modern reason constitutes the background of the encounter between the two thinkers.

Giurisprudenza annotata



Corte di Cassazione - Sezioni Unite Penali, Sentenza 27 aprile 2023 (Ud. 23 febbraio 2023) n. 17615 – Presidente: Margherita Cassano – Estensore: Angelo Caputo

ESERCIZIO ABUSIVO DELL'ATTIVITÀ FINANZIARIA - BENE GIURIDICO - SUCCESSIONE DI NORME PENALI - ABOLITIO CRIMINIS – SUSSISTE - RIGETTA

L'integrale sostituzione del testo della fattispecie penale di abusiva attività finanziaria ad opera dell'art. 8 comma 2, comma 2, legge 13 agosto 2010, n. 141, ha determinato l'abrogazione tacita dell'art. 39 della legge n. 262/2005, nella parte in cui quest'ultima disposizione prevedeva la duplicazione delle pene previste per l'illecito penale oggetto di esame.

* * *

ANTONINO DI MAIO*

L'ESERCIZIO ABUSIVO DELL'ATTIVITÀ FINANZIARIA NELLA RECENTE PROSPETTIVA GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La vicenda processuale. – 3. Il tema dell'abusivismo finanziario. – 4. Natura dell'interesse protetto. – 5. La *quaestio iuris* controversa dell'abrogazione tacita o meno dell'art. 39, l. n. 262/2005 rispetto all'art. 132 T.U.B. – 5.1. L'orientamento giurisprudenziale minoritario: l'eccesso di delega legislativa. – 5.2. L'indirizzo critico prevalente: l'abolizione tacita della duplicazione sanzionatoria. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

L'esame della sentenza commentata consente di delineare brevemente talune considerazioni sul delitto di esercizio abusivo dell'attività finanziaria che si prefigurano quali attuali nodi "gordiani" nel recente dibattito giurisprudenziale.

Preliminarmente occorre soffermarsi sul complesso legame tra analisi economica e diritto.

Com'è noto, il rapporto fra concezione economica e dimensione giuridica postula l'impiego di parametri mutuati dalla scienza economica e applicati al settore legale in modo da valorizzare, entro determinati limiti, un approccio metodologico quantitativo nella valutazione delle disposizioni penali¹.

* Dottore di ricerca in Scienze giuridiche. Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ Sul punto, si veda S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Trento, 2018, pp. 177-185.

Sotto tale profilo, la natura del c.d. *ius criminale*, fondato sull'osservanza dei principi costituzionali, si differenzia dal sistema costi-benefici promosso dall'*economic analysis of law*².

In tal senso, la concezione economica del diritto è modello cognitivo- critico diretto in via esclusiva al futuro, ovvero ad incentivare nell'agente modelli di comportamento vantaggiosi e rispettosi della legge in grado di assolvere ad una funzione di promozione del diritto³.

Secondo quest'ultima prospettiva teorica⁴, l'economia assurgerebbe a parametro primario per accertare l'efficienza delle norme giuridiche e la loro idoneità a promuovere il corretto equilibrio tra la sussistenza di adeguate risorse disponibili e il necessario rispetto delle disposizioni penali.

Quindi, l'irrogazione della sanzione derivante dall'inosservanza di una regola dipenderà dalla valutazione dell'agente se ritenga o meno conveniente a livello economico violare il precetto secondo un rapporto di costi/benefici.

Sul punto, il ricorso a tale approccio teorico comporta una maggiore valorizzazione di interventi di politica criminale che consentano di elaborare fattispecie criminose in grado di diminuire l'offesa dei beni giuridici protetti, tenendo conto dei rapporti tra autore-vittima, delle strutture economiche da cui potrebbe derivare la realizzazione di illeciti penali, dell'esame del binomio costi/benefici compiuto dall'autore del reato⁵.

La concezione teorico-economica applicata al diritto penale si è così concentrata sull'individuazione dei parametri di deterrenza attuati nei confronti del c.d. delinquente razionale, ovvero colui che commette o meno una serie di condotte criminose sulla base della ricerca di un equilibrio tra i ricavi derivanti dall'illecito penale e i costi desumibili dall'irrogazione della sanzione predisposta dalla legge⁶.

² Si veda G. FORNASARI, F. PESCE, *Il legislatore alla scuola della razionalità (tra luci e ombre). Il modello di analisi economica del diritto penale applicato ad alcune esperienze legislative*, in *Ind. pen.*, 2016, p. 407. Sul tema, sia poi consentito il rinvio (e il ricordo) delle riflessioni di una delle voci più autorevoli nel contesto della scienza penale, recentemente scomparsa. Il riferimento è al saggio di A. PAGLIARO, *Funzioni della pena criminale*, in *Cass. pen.*, fasc. 5, 2016, p. 1849. Si veda anche M. PAVARINI, *Introduzione al libro «Dei delitti e delle pene». Origine delle pene*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, pp. 236-237.

³ Cfr. R. COASE, *The problem of social cost*, in *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, p. 1; G. CALABRESI, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, in *The Yale Law Journal*, vol. 70, 1961, p. 499. Per un approfondimento specifico sulle interferenze tra analisi economica del diritto e scienza penale, si veda E. MONTANI, *Economic crimes, diritto penale ed economia: prove di dialogo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4/2005, p. 909.

⁴ Si veda P. SORBELLO, *Abusivismo nel diritto penale dell'intermediazione finanziaria*, 2014, p. 5. C. E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (A cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, Milano, 2006, p. 539; A. M. MAUGERI, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008, p. 147; F. PESCE, *Alle radici di un difficile binomio: analisi economica e diritto penale*, in *Ind. pen.*, fasc. 1/2011, p. 29.

⁵ Così E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 5; D. PULITANÓ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (A cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, pp. 3 e ss.

⁶ Sul punto, C. E. PALIERO, *L'economia della pena, (un work in progress)*, cit., pp. 1392 e ss.

Giova però sottolineare come la capacità dissuasiva di una normativa penale derivi non tanto dal grado di severità delle pene prospettate ma dalla precisione e dall'effettiva attuazione nei confronti dei consociati, ovvero dalla conformità del comando ad incidere sulle modalità di azione del destinatario⁷.

Sulla base di tali considerazioni, la definizione classica di “diritto penale dell'impresa” è stata sostituita dalla locuzione *criminalité d'affaires*⁸ che si contraddistingueva per il massiccio ricorso alla legislazione complementare nella repressione penale delle condotte criminose promosse dagli istituti bancari e dagli operatori finanziari.

In proposito, il legislatore ha inteso tutelare i suddetti interessi protetti non solo attraverso la tradizionale rubrica codicistica dedicata ai reati contro l'economia pubblica, ma anche mediante l'elaborazione di specifiche norme incriminatrici contenute in altre partizioni del codice penale, come ad esempio i delitti di usura e frode in commercio, e il generale *favor* per l'elaborazione di fattispecie penali extra codicistiche.

Inoltre l'adesione a quest'ultimo approccio empirico-sperimentale risulterebbe motivato dall'inesorabile perdita di centralità del codice penale e dalla contestuale insorgenza di settori penali disorganici e privi di coerenza sistemica che costituiscono l'esito finale della c.d. legislazione compulsiva.

Invero, un autorevole orientamento dogmatico ha definito il diritto penale dell'economia quale “spazio aperto e in continuo divenire”⁹, in quanto l'impossibilità di analizzare integralmente tale disciplina è dovuta alla sua recente genesi, alla connessione con svariati settori disciplinari e alla caotica regolamentazione extra-penale.

Pertanto, la criminalità economica può manifestarsi anche mediante ibridi fenomeni criminosi, come nel caso dell'abusivismo finanziario che ha costituito oggetto, nel caso *de quo*, di serrato contrasto giurisprudenziale.

2. La vicenda processuale

Il Tribunale di Catanzaro, in funzione di giudice dell'appello cautelare, ha emesso ordinanza di rigetto dell'impugnazione predisposta dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Castrovillari, così confermando la posizione del Giudice delle indagini preliminari che aveva ordinato la cessazione della misura cautelare coercitiva dell'obbligo di presentazione dinanzi agli uffici

⁷ Cfr. F. COPPI, *Due nuove edizioni del libro “Dei delitti e delle pene” di Cesare Beccaria*, in *Arch. pen.*, 1966, pp. 66 e ss.

⁸ Per tale puntuale espressione si veda M. DELMAS-MARTY, E. ROCHE-PIRE, *Criminalité des affaires et Marché commun*, in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 36, 1984, pp. 653-654.

⁹ Si veda A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 251; F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'economia: tecniche normative e prova dei fatti*, in *Riv. trim., dir. pen. econ.*, 2017, p. 544; F. MUCCIARELLI, *Sanzioni e attività d'impresa: qualche nota*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÓ, F. BASILE, G. L. GATTA (A cura di), *Studi in onore di E. Dolcini*, Vol. II, Milano, 2018, p. 1147; A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I principi generali*, Vol. I, Torino, 2018, pp. 8-9.

giudiziari, precedentemente contestata nei confronti dell'agente, per il reato di esercizio abusivo dell'attività finanziaria *ex art.* 132, d.lgs. 1° settembre 1993 n. 385.

Sotto tale profilo, quest'ultima opzione interpretativa è stata motivata dall'avvenuto decorso temporale della predetta misura, in virtù della riformulazione dell'art. 132 T.U.B. ad opera dell'art. 8, secondo comma, d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141 che ha escluso l'applicazione nei riguardi di tale normativa penale della duplicazione di pene, sancita dall'art. 39, l. 28 dicembre 2005 n. 262.

Successivamente, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Castrovillari ha predisposto ricorso per Cassazione sulla base di una serie di argomentazioni.

Un primo rilievo critico evidenziato dal Pubblico Ministero ricorrente consiste nel mancato richiamo esplicito, nell'ambito della disposizione penale contestata, di modifiche del trattamento sanzionatorio per cui l'arbitraria diminuzione dei parametri minimi edittali ne comporterebbe l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega.

Sul punto, tale riforma legislativa non inciderebbe sulla circostanza aggravante di cui all'art. 39, l. 28 dicembre 2005 n. 262 in quanto, attraverso la tecnica del rinvio mobile, la relativa modifica normativa andrebbe circoscritta soltanto a quelle disposizioni penali contenute nel T.U.B. che risultino effettivamente interpolate.

Orbene, La Quinta sezione penale della Corte di Cassazione, con ordinanza del 16 settembre 2022 n. 36748, ha rimesso tale questione giuridica alle Sezioni Unite, in quanto ha desunto un contrasto giurisprudenziale relativo al quesito se la rimodulazione legislativa dell'art. 132 T.U.B. integri un fenomeno di successione di norme penali nel tempo che incida sul trattamento sanzionatorio, oppure se la duplicazione delle pene sancita dall'art. 39, l. 28 dicembre 2005 n. 262 rappresenti una disposizione penale indifferente alle modifiche normative che incidano su quest'ultime sanzioni.

Dunque, l'esame della sentenza annotata si articolerà preliminarmente nella disamina dell'abusivismo finanziario che costituirà utile spunto per l'approfondimento di alcune brevi riflessioni sul caso *de quo*.

Una prima questione che può desumersi, seppure in via incidentale, dall'analisi della sentenza commentata è quella della natura del bene giuridico protetto dalla fattispecie penale di esercizio abusivo dell'attività finanziaria, la cui esatta identificazione ha costituito oggetto di dibattito dottrinale.

Un ulteriore e peculiare tematica afferisce poi alla complessa distinzione tra *abolitio criminis* e successione meramente modificativa di norme nel tempo che ha determinato un contrasto ermeneutico risolto dalla pronuncia in esame.

3. Il tema dell'abusivismo finanziario

Il tema dell'abusivismo finanziario ha costituito oggetto di dibattito nell'attuale prospettiva penale contemporanea.

Giova osservare che in origine l'intervento statale nella materia bancaria risultava circoscritto alla tutela del risparmiatore, in quanto si riteneva che il ruolo degli enti bancari assolvesse a finalità di stampo squisitamente privatistiche¹⁰.

Sotto tale profilo, il successivo mutamento del ruolo dello Stato nell'attività di coordinamento e di ingerenza nell'attività privata comportò il superamento dei regi decreti legge del 7 settembre 1926 n. 1511 e del 6 novembre 1926 n. 1830, dedicati alla salvaguardia del risparmio e alla sorveglianza dell'erogazione del credito da parte delle banche.

Con tali interventi legislativi, il Regime fascista attuò una politica economica di stampo dirigista attraverso la previsione di una serie di controlli svolti dal Ministero delle Finanze e dalla Banca d'Italia e l'approvazione di uno statuto speciale per gli enti creditizi¹¹.

In proposito, quest'ultima riforma legislativa aveva natura complementare rispetto al codice di commercio in quanto delineava una serie di criteri che connotavano la funzione di vigilanza ispettiva, gli obblighi di previa autorizzazione, gli ulteriori requisiti patrimoniali, la disciplina sanzionatoria in materia di violazione delle disposizioni di diritto pubblico.

Invero, il prevalente modello di ente creditizio misto presentava una serie di criticità, legate al disquilibrio economico del mercato e alla situazione di passività finanziaria cui erano sottoposti i singoli utenti.

Giova poi osservare che la crisi finanziaria del 1929 aveva determinato il crollo della produzione industriale e la generale paralisi dell'attività bancaria, per cui le banche non avevano liquidità sufficiente per rimborsare i depositi dei risparmiatori¹².

Orbene, l'approvazione della c.d. legge bancaria (l. 7 marzo 1938 n. 141) comportò l'integrale sostituzione dell'antecedente disciplina e la conseguente suddivisione delle funzioni di tipo politico, tecnico, amministrativo rispetto alle quali i singoli istituti bancari svolgevano la loro attività entro i limiti predeterminati dagli organi di controllo.

In proposito, tale *corpus* normativo incentivava l'interventismo statale, laddove riconduceva alla sfera pubblicistica l'acquisizione di risparmio e l'esercizio del credito e ne attribuiva l'esecuzione a istituti creditizi di diritto pubblico, a complessi bancari di livello nazionale, a Casse di risparmio e enti di diritto privato autorizzati.

Un ulteriore passaggio legislativo atteneva alla previsione di rigidi controlli dell'attività bancaria che erano motivati dall'esigenza di salvaguardare gli interessi nazionali rispetto alla corretta promozione della funzione del diritto di credito e

¹⁰ Così A. MANNA, *L'abusivismo finanziario e bancario nel sistema penale*, in *Barca borsa tit. cred.*, fasc. 1, 1996, pp. 374 e ss.

¹¹ Per un inquadramento storico-giuridico si rinvia a E. GALANTI, *La storia dell'ordinamento bancario e finanziario italiano fra crisi e riforme*, in E. GALANTI, (A cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008, pp. 46 e ss.

¹² Sul punto, V. PATALANO, *Reati e illeciti del diritto bancario. Profili sistematici della tutela del credito*, Torino, 2003, pp. 103 e ss.

al contestuale obiettivo di assicurare una maggiore sicurezza della raccolta del risparmio.

Come può osservarsi, la preminenza accordata dal Regime fascista all'interesse pubblico determinò una maggiore valorizzazione dell'attività di sorveglianza finanziaria e della protezione del risparmio mediante uno specifico organo, denominato "Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito".

Tra le varie previsioni contenute in questo provvedimento legislativo, non può non menzionarsi l'introduzione di una norma in materia di contrasto all'abusivo esercizio dell'attività finanziaria, che ha costituito l'archetipo dell'attuale fattispecie penale presente nel Testo Unico Bancario.

Dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, l'emanazione della Carta costituzionale determinò il passaggio dall'*Ancien régime* alla Repubblica democratica e la massima valorizzazione della tutela del risparmio, sancita dall'art. 47 della Costituzione¹³.

Quest'ultima previsione costituzionale prevede la protezione del risparmio in qualunque sua modalità, sia che venga inteso quale massa patrimoniale, sia quale forma di investimento e di esercizio del diritto di credito.

Un certo rilievo acquisì poi la difesa del c.d. risparmio popolare, cioè derivante da tipologie di individui economicamente disagiati, il quale presentava maggiori difficoltà ad essere capitalizzato in titoli e azioni e risultava così esposto all'inflazione.

L'avvento della Repubblica non determinò un radicale mutamento del sistema economico-finanziario, che continuò ad articolarsi mediante l'assenza di intermediari differenti dagli istituti bancari e si contraddistinse per un deciso protezionismo rispetto al mercato internazionale, desumibile dalla situazione di quasi monopolio entro cui operavano le banche.

Quest'ultima fase storica perdurò fino al processo di integrazione europea che comportò il progressivo recepimento delle direttive comunitarie e la conseguente necessità di riforma del mercato finanziario rispetto alle nuove esigenze degli utenti¹⁴.

Nella prospettiva comunitaria va poi menzionata la Direttiva 73/183/CEE del 28 giugno 1973 che prevedeva la rimozione ad opera degli Stati membri dell'insieme dei vincoli nazionali alla libertà di stabilimento e allo svolgimento dei servizi previsti nel contesto delle attività non salariate degli enti bancari e degli istituti finanziari.

Tale primario intervento comunitario permise ai beneficiari di operare nel territorio dello Stato ospitante e di prestare gli stessi servizi alle medesime possibilità previste per tutti gli altri utenti.

Sul fronte giurisprudenziale, la Corte di giustizia¹⁵ statuí l'immediata adozione delle normative contenute nel Trattato riguardanti il diritto di

¹³ Cfr. G. CERRINA FERONI, *Introduzione*, in EADEM (A cura di), *Tutela del risparmio e vigilanza sull'esercizio del credito*, Torino, 2011, pp. 1 e ss.

¹⁴ Sul punto R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, p. 67.

¹⁵ Cfr. Corte di giustizia, causa 2/74 (JEAN REYNERS c. BELGIO), in *Racc.*, 1966, p. 631.

stabilimento e la libera circolazione dei servizi, in modo da riconoscere tale diritto fondamentale a qualunque individuo di un Paese membro che intendesse svolgere la propria attività in qualsiasi altro territorio dell'Unione europea.

Tuttavia, il processo di vera e propria comunitarizzazione del diritto bancario avvenne con l'approvazione della direttiva 77/780 CEE, il cui scopo era quello di salvaguardare il risparmio e garantire la partecipazione paritaria tra tali enti¹⁶.

L'accesso al mercato fu disciplinato mediante la delimitazione delle condizioni obiettive per la concessione delle autorizzazioni e il conseguente avvio del processo di liberalizzazione del mercato creditizio italiano.

In tal modo, l'istituto dell'autorizzazione acquisì rilevanza, nel senso che il suo ottenimento veniva subordinato al rilascio da parte dell'utente di parametri oggettivi preventivamente definiti e riconoscibili.

La suddetta disciplina si articolava poi nella possibilità per gli Stati membri di consentire l'accesso nel proprio territorio a enti creditizi che presentassero la loro sede sociale in altro Paese membro e disponessero di un regime autorizzatorio uniforme rispetto al settore disciplinare e alle procedure adottabili nei riguardi degli enti di credito risidenti nel loro spazio territoriale.

Sotto tale profilo, l'adozione di quest'ultima direttiva determinò la successiva emanazione del D.P.R. 27 giugno 1985 n. 300 che innovò il concetto di attività bancaria, al di là della derivazione pubblicistica o privatistica degli enti promotori, e definì i limiti per il rilascio dell'autorizzazione, intesa quale condizione per la verifica dell'esistenza dei requisiti minimi previsti per l'adesione al mercato.

Successivamente, la Direttiva 89/646/CEE del 15 dicembre 1989 delineò il mutuo riconoscimento e l'armonizzazione nel contesto comunitario delle modalità di concessione dell'autorizzazione tra Stati membri che così risultavano abilitati per lo svolgimento di tutte le funzioni da parte delle banche e degli altri enti finanziari.

Dunque, il ruolo delle banche, un tempo circoscritto alla funzione creditizia e di raccolta del risparmio, fu esteso ad altre attività specificamente sancite dall'allegato alla seconda direttiva bancaria e ciò produsse l'emersione di vari gruppi di società finanziarie sul piano economico, i cui compiti non risultavano più circoscritti all'intermediazione in titoli ma si estendevano anche all'attività di finanziamento pubblico¹⁷.

Con legge delega 142/1992, il Governo recepì le esigenze di tutela del sistema finanziario mediante l'approvazione del Testo unico bancario ex. d.lgs. n. 385/1993, che armonizzò le normative vigenti e valorizzò alcune fattispecie criminose precedentemente contemplate da altre novelle legislative, come ad esempio l'esercizio abusivo dell'attività finanziaria ex. art. 132 T.U.B.

Giova osservare che tale disposizione penale era già stata introdotta nel nostro ordinamento giuridico con legge 197/1991, ove si prevedeva un elenco

¹⁶ F. GIORGIANNI, C. M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario*, Milano, 2012, pp. 33 e ss.

¹⁷ Così, M.R. LA TORRE, *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, in E. PICOZZA, E. GABRIELLI (Dir.), *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, 2010, p. 6.

di soggetti autorizzati allo svolgimento dell'attività finanziaria e la contestuale punibilità nei riguardi di coloro che svolgessero l'esercizio di tale condotta in forma pubblica o privata e senza essere iscritti all'albo¹⁸.

Sul punto, il legislatore prefigurò anche una circostanza aggravante per i casi in cui gli istituti bancari promuovessero artifici o raggiri nei confronti degli utenti.

Il successivo d.lgs. 23 luglio 1996 n. 415 trasformò la tipologia di abusivismo finanziario commesso in modalità privata in reato contravvenzionale, mentre la l. 28 dicembre 2005 n. 262 estese le sanzioni penali previste dall'art. 132 T.U.B. anche alle ipotesi in cui tale illecito penale venisse realizzato da intermediari finanziari abusivi.

Quest'ultimo provvedimento legislativo valorizzò il legame tra gli organi di sorveglianza, l'istituto della concessione creditizia e obbligazionaria per le parti, il trattamento sanzionatorio.

Sulla base di tali considerazioni, bisogna menzionare l'art. 39, l. n. 262/2005 che ha sollevato non poche perplessità¹⁹, in virtù dell'automatico raddoppio di pene previsto per le fattispecie criminose contenute nel Testo Unico in materia bancaria e creditizia, nel Testo Unico sulla finanza e in quello riguardante il ramo assicurativo che si porrebbe in netto contrasto con il principio di proporzionalità.

Occorre poi precisare come la predetta disciplina abbia subito alcuni importanti cambiamenti, in virtù dell'approvazione del d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141 che ha recepito la direttiva 2008/48/CE in materia di credito al consumo, il cui scopo consisteva nella promozione di un sufficiente grado di protezione degli utenti nell'ambito del mercato.

Inoltre, tale atto comunitario delineava l'intervento degli Stati membri nella formulazione delle sanzioni adottabili nell'ipotesi di inosservanza delle norme nazionali che ne recepissero i principi.

Quest'ultima normativa penale venne poi trasfusa nell'art. 132, d.lgs. 1° settembre 1993 n. 385, T.U.B., che favorì un processo di revisione e di semplificazione delle disposizioni previgenti attraverso il ricorso alla legislazione complementare.

Orbene, l'art. 8, d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141 ha riformato l'art. 132 T.U.B., secondo cui «Chiunque svolge, nei confronti del pubblico, una o più attività

¹⁸ Per una dettagliata analisi dell'evoluzione normativa del fenomeno dell'abusivismo finanziario si rinvia a A. ALESSANDRI, *Reati in materia economica*, Torino, 2012, p. 223; A. CASTALDO, *Accesso all'attività bancaria e strategie penalistiche di controllo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1/1996, pp. 75 e ss.

¹⁹ Per un primo commento critico che ravvisa in tale normativa penale il ricorso alla legislazione simbolica si rinvia a S. SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 550; A.F. TRIPODI, *L'aumento delle sanzioni penali e amministrative (art. 39)*, in F. GALGANO, F. ROVERSI-MONACO (A cura di), *Le nuove regole del mercato finanziario*, Padova, 2009, pp. 727 e ss.; N. ALFANO, *sub art. 132*, in F. CAPRIGLIONE (Dir.), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2018, p. 2573; A. MIRIELLO, *L'abusivismo finanziario*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (Dir.), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2019, p. 571.

finanziarie previste dall'art. 106, comma 1, in assenza dell'autorizzazione di cui all'art. 107 o dell'iscrizione di cui all'art. 111 ovvero dell'art. 112, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni e con la multa da euro 2.065 ad euro 10.329».

Com'è noto, il tema dell'abusivismo finanziario evoca il contrasto tra le condotte criminose realizzate dall'agente e l'insieme delle prescrizioni amministrative che delimitano lo svolgimento di talune attività professionali riservate soltanto a quegli individui i quali abbiano conseguito un titolo abilitativo, da cui derivi il riconoscimento delle conoscenze tecniche previste e il contestuale inserimento in determinati albi professionali.

In proposito, il legislatore ha garantito ampia tutela ai consociati attraverso la repressione delle varie forme di abusivismo e l'obbligo di astensione del soggetto attivo che non possieda specifici requisiti per l'esercizio di una particolare attività o il cui svolgimento venga effettuato secondo modalità arbitrarie o realizzato in assenza delle modalità sancite dalla legge²⁰.

Quindi, l'area di applicazione della fattispecie criminosa di cui all'art. 132 T.U.B., è stata circoscritta alla predisposizione di finanziamenti al pubblico secondo qualunque modalità, mentre un ulteriore passaggio legislativo è consistito nell'abrogazione del reato contravvenzionale, originariamente inserito nel successivo comma di tale disposizione penale.

Tale reato ha natura comune in quanto può essere commesso da chiunque e l'espressione "una o più attività finanziarie" sottende lo scarso coordinamento normativo con l'art. 106 T.U.B., ove risulta contemplata soltanto la concessione di finanziamenti secondo qualsiasi modalità che è così integrata dall'abusivo svolgimento dell'attività finanziaria da parte dell'agente, il quale risulti privo delle condizioni abilitative prescritte dalla legge.

La suddetta fattispecie penale aderisce poi al modello dei reati di pericolo astratto poiché ai fini della sua configurabilità basta che l'agente svolga l'attività economico-finanziaria in assenza dell'autorizzazione prevista dalla legge²¹.

Dunque, lo scopo del legislatore è stato quello di impedire che individui privi dei requisiti sanciti dalla legge possano concedere a terzi finanziamenti attraverso qualunque modalità svolgendo attività professionale, e si discute se ai fini della commissione di tale fattispecie penale sia sufficiente il compimento di una sola condotta criminosa o di una pluralità di azioni²².

²⁰Sul punto M. MANTOVANI, *Profili penali delle attività non autorizzate*, Torino, 2003, pp. 26 e ss. Per un inquadramento storico-giuridico della fattispecie penale di cui all'art. 132 T.U.B. si rinvia a A. MEYER, *L'abusivismo finanziario*, in A. MEYER, L. STORTONI, *Diritto penale della banca, del mercato finanziario e mobiliare*, Torino, 2002, pp. 81 e ss.

²¹ Per tutti N. PISANI, voce "Reati bancari", in S. CASSESE (Dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, p. 4843.

²² Per la posizione dottrinale favorevole a raffigurare l'art. 132 T.U.B., quale reato che può essere integrato da una sola condotta criminosa si rinvia a A. CAPERNA, *I reati di abusivo esercizio dell'attività finanziaria (art. 132, d.lgs. 1° settembre 1993 n. 385)*, in *Giur. mer.*, 1/2005, p. 167; di diverso avviso invece, un autorevole orientamento dottrinale che include tale norma incriminatrice nel novero dei reati abituali. Si veda N. PISANI, voce "Reati bancari", in S. CASSESE (Dir.),

Quest'ultimo interrogativo ha suscitato non poche perplessità con riferimento alla compatibilità di tale normativa penale rispetto al principio di tassatività, in quanto il cittadino non riuscirebbe a comprendere quale comportamento possa essere represso o meno dall'ordinamento giuridico; e ciò ha determinato l'insorgenza del fenomeno della c.d. supplezza giudiziaria dell'organo giudicante, qualora sia chiamato a decidere sulla configurabilità o meno dell'illecito penale²³.

Quanto all'elemento soggettivo, l'eliminazione del secondo comma dell'art. 132 T.U.B., che disciplinava il reato contravvenzionale ad opera del d.lgs. n. 141/2010 ha reso obsoleto il quesito se l'illecito penale oggetto di commento possa imputarsi a titolo di colpa²⁴.

Giova precisare che un autorevole indirizzo critico riteneva sussumibile la forma dolosa per il reato di esercizio abusivo dell'attività finanziaria anche nella sua antecedente formulazione, giacché è innegabile come l'agente abbia consapevolezza del tenore doloso delle sue condotte criminose qualora quest'ultime siano ripetute nel tempo²⁵.

Da ciò deriva che tale normativa penale ammette il dolo generico, che si esplica nella coscienza e volontà di realizzare un'attività economico-finanziaria, riservata solamente a quei soggetti in possesso di specifici requisiti professionali e iscritti in determinati albi sottoposti a controlli periodici.

4. *Natura dell'interesse protetto*

L'individuazione del bene giuridico protetto dalla normativa penale di esercizio abusivo dell'attività finanziaria costituisce problematica controversa e incidentale rispetto al caso prospettato in quanto, come osservato da autorevole dottrina²⁶, nell'ambito del diritto penale dell'economia si è passati da una fase statica, basata sulla punibilità di pochi e selezionati illeciti penali, ad un ciclo dinamico, caratterizzato dalla propagazione di molteplici disposizioni penali che hanno provocato la repressione di svariati comportamenti criminosi.

Sotto tale profilo, un orientamento dottrinale²⁷ ha individuato l'oggetto di tutela di tale fattispecie penale nel concetto di risparmio, che acquisisce valenza

Dizionario di diritto pubblico, cit., p. 4844; C. RUGA RIVA, *L'abusivismo finanziario: questioni giurisprudenziali e profili di illegittimità costituzionale*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2001, p. 534.

²³ Sul punto, diffusamente, A. LANZI, S. PUTINATI, *Istituzioni di diritto penale dell'economia*, Milano, 2007, p. 18.

²⁴ Cfr. G. MARINI, *Reati bancari*, in L. CONTI (A cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2001, p. 409.

²⁵ L. FOFFANI, *Reati bancari*, in C. PEDRAZZI, A. ALESSANDRI, L. FOFFANI, S. SEMINARA, G. SPAGNOLO (A cura di), *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 1999, p. 463.

²⁶ G. LOSAPPIO, *Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale. Lineamenti di un sottosistema*, Bari, 2004, pp. 12 e ss.

²⁷ Cfr. G. GANDOLFI, *Legge bancaria e Costituzione. Premesse ad un corso di diritto bancario*, in *Giur. it.*, IV, 1975, p. 13. Nella prospettiva penalistica, si rinvia a F. BRICOLA, *Profili penali della disciplina del mercato finanziario*, in R. COSTI (A cura di), *Il diritto del mercato finanziario alla fine degli*

costituzionale in virtù dell'espresso richiamo dell'art. 47 Cost. e della competenza esclusiva della materia riservata allo Stato ai sensi dell'art. 117 secondo comma, lett. a, Cost.

In tal senso, tale concetto evoca la protezione del patrimonio in senso collettivo, quale espressione del soddisfacimento delle esigenze di investimento del risparmiatore che ne tollera il rischio connesso, per cui nell'ipotesi di perdite nessuna disposizione penale potrà salvaguardarne la posizione²⁸.

Una differente concezione teorica²⁹ ha criticato l'inclusione della nozione di risparmio nell'ambito dei beni giuridici in quanto tale categoria risulterebbe scarsamente tangibile da parte dei consociati, le cui condotte criminose non sarebbero così connotate da adeguato substrato valoriale.

Sulla base delle predette considerazioni, l'assenza del dato prepositivo, ovvero di uno dei fattori fondamentali dell'interesse protetto, comporterebbe la degradazione del termine "risparmio" a mera etichetta giuridica impiegata nell'ambito della c.d. legislazione compulsiva, la cui compatibilità con il delitto di esercizio abusivo dell'attività finanziaria desterebbe così non poche perplessità³⁰.

Giova poi precisare che un seguito indirizzo critico ha risolto negativamente il quesito se la tutela del risparmio rappresenti *humus* giuridico del fenomeno criminoso dell'abusivismo finanziario, anche in virtù della duplicazione di pene prevista dall'art. 39, primo comma, l. 262/2005.

Infatti, l'art. 132 T.U.B. prevede che gli intermediari possano compiere esclusivamente attività di tipo finanziario, che cioè non attengano alla c.d. raccolta di risparmio.

Invero, l'individuazione dell'interesse protetto da quest'ultima norma incriminatrice ha sollevato un contrasto dottrinale tra coloro i quali ritengono che tale norma penale salvaguardi il diverso bene giuridico dell'economia pubblica³¹ o protegga in via mediata gli equilibri del mercato a livello finanziario, nonché la fiducia degli utenti nei riguardi della professionalità degli intermediari³² e in via immediata le funzioni di controllo della Banca d'Italia³³.

Come può osservarsi, una elencazione così ampia e composita degli interessi tutelati solleva alcuni dubbi sull'identificazione dell'oggettività giuridica della fattispecie penale e delinea un mutamento della funzione del bene giuridico, che,

anni 80, Milano, 1990, p. 127. In termini critici, S. SEMINARA, *Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 4/2004, pp. 506 e ss.

²⁸ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009, p. 92.

²⁹ Si veda A. ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in A.A. V.V., *Studi per Federico Stella*, Napoli, 2007, pp. 925-979.

³⁰ Per un inquadramento generale di tale problematica si veda F. SGUBBI, *Presentazione*, in G. INSOLERA (A cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, pp. XIV-XV.

³¹ Così G. MAZZI, *Reati bancari*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 932.

³² V. PATALANO, *Reati e illeciti del diritto bancario. Profili sistematici della tutela del credito*, cit., pp. 153 e ss.

³³ Cfr. E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Il diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016, p. 426; C. PATERNITI, *Manuale dei reati*, Milano, 2002, p. 111.

nel caso di specie, non assolve più alla finalità di delimitare l'esercizio del potere repressivo dello Stato ma rischia anzi di promuoverne l'indebita estensione³⁴.

5. *La quaestio iuris controversa dell'abrogazione tacita o meno dell'art. 39, l. n. 262/2005 rispetto all'art. 132 T.U.B.*

Il peculiare quesito sottoposto alle Sezioni Unite verte sull'esame degli effetti delle modifiche legislative intervenute sul reato di esercizio abusivo dell'attività finanziaria ex art. 132 T.U.B., ad opera dell'art. 8, d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141, e cioè se quest'ultima novella legislativa determini o meno l'abrogazione tacita della normativa riguardante la duplicazione sanzionatoria.

Orbene, nei paragrafi successivi verrà esaminato il contrasto giurisprudenziale che è stato risolto dalla decisione commentata.

5.1. *L'orientamento giurisprudenziale minoritario: l'eccesso di delega legislativa*

Una parte della giurisprudenza di legittimità³⁵ ha statuito che la modifica normativa prevista dall'art. 8, comma 2, d.lgs. n. 141 del 2010 non comporterebbe l'automatica abrogazione dell'incremento sanzionatorio sancito dall'art. 39, l. n. 262/2005 che si potrebbe così applicare nei riguardi del delitto di esercizio abusivo dell'attività finanziaria.

Secondo quest'ultima ricostruzione ermeneutica, il predetto intervento legislativo è stato emanato in adozione degli artt. 2 e 33, l. n. 88/2009 che delineavano i parametri fondamentali della delega legislativa ove non vi era alcun richiamo alla modifica del trattamento sanzionatorio previsto dal T.U.B.

Sotto tale profilo, l'eventuale diminuzione del livello edittale determinerebbe così una questione di costituzionalità nei riguardi di tale norma incriminatrice per eccesso di delega legislativa.

In proposito, un seguito indirizzo dottrinale³⁶ ha evidenziato i rischi derivanti dall'esteso impiego di quest'ultimo istituto, la cui adozione è stata spesso motivata dall'alto livello di tecnicizzazione della legislazione penale e dalla sussistenza di direttive europee che presuppongono l'incremento di procedure di adattamento interno mediante l'impiego di sanzioni penali³⁷.

Nel caso di specie, il Pubblico Ministero ricorrente ha invocato, previo richiamo dell'art. 12 delle preleggi, l'esigenza di rispettare i parametri direttivi sanciti dall'art. 76 Cost., il cui scopo è quello di delimitare l'ambito di adozione

³⁴ Si veda F. BRICOLA, *Elementi di novità e linee di tendenza nella legislazione penale in materia economica*, in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (A cura di), *Franco Bricola. Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, p. 3339.

³⁵ Cass. pen. Sez. V., 24 aprile 2013 n. 18544, in C. DUBOLINO, P. DUBOLINO, *Codice delle leggi penali speciali*, Piacenza, 2020, p. 2864.

³⁶ Cfr. C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, ESI, 2012, pp. 171-179; pp. 213-216.

³⁷ Così G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, pp. 166 e ss.; F. PALAZZO, *Per una razionalizzazione della legislazione complementare*, in *Cass. Pen.*, 2003, pp. 317 e ss.

dell'esercizio della delega che non alluderebbe direttamente ad una riforma delle sanzioni penali previste dalla normativa penale e quindi ad una diminuzione del minimo edittale di pena³⁸.

Sulla base di tali considerazioni, il legislatore avrebbe optato, attraverso la tecnica del rinvio mobile, per una mera interpolazione della fattispecie penale in modo da conformarla alla riforma dell'intermediazione finanziaria delineata nel Titolo V del T.U.B.; e ciò si potrebbe agevolmente desumere dal tenore letterale della disposizione in materia di raddoppio di pene che si estende non soltanto a quei reati direttamente richiamati dalla novella legislativa del 2010, come ad esempio l'esercizio abusivo di attività finanziaria, bensì a tutti gli illeciti penali desunti dal Testo unico in materia bancaria.

5.2. *L'indirizzo critico prevalente: l'abolizione tacita della duplicazione sanzionatoria*

Una differente posizione giurisprudenziale³⁹ ha invece ricondotto la modifica legislativa dell'art. 132 T. U. B., compiuta dall'art. 8, comma 2, l. 13 agosto 2010 n. 141 al fenomeno dell'abrogazione tacita del raddoppio di pene previsto dall'art. 39, l. 28 dicembre 2005 n. 262, in quanto il legislatore, in osservanza del principio di stretta legalità, ha optato per una riformulazione integrale della disposizione penale che ha interessato non solo il precetto ma anche il trattamento sanzionatorio, con il conseguente ripristino dell'originario livello edittale di pena (da sei mesi a quattro anni).

Com'è noto, la differenziazione tra *abolitio criminis* e successione meramente modificativa della fattispecie penale è stata in passato caratterizzata dalla mancanza di criteri distintivi saldi e dalla scarsa considerazione per tale tematica nella trattazione manualistica meno recente⁴⁰.

Invero, l'espressione "*abolitio criminis*" allude ad un fenomeno di diritto intertemporale che costituisce esito di un mutamento normativo avente ad oggetto la struttura della fattispecie penale e il trattamento sanzionatorio⁴¹.

Sul punto, l'art. 15 delle preleggi differenzia poi tra le ipotesi di *abolitio criminis* espressa, ove la norma successiva in maniera esplicita postula l'eliminazione di quella precedente, e l'abrogazione tacita, in cui si verifica l'incompatibilità della disposizione posteriore rispetto a quella anteriore o la

³⁸ Sul punto, diffusamente, si veda Corte cost. 24 luglio 1995 n. 362, in *Giur. cost.*, pp. 2697 e ss.

³⁹ Cass. pen. Sez. V., 22 marzo 2019 n. 12777, in *Il Foro Italiano*, II, n. 12, 2019, p. 737.

⁴⁰ Cfr. M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, p. 92. Nelle opere manualistiche meno recenti, tale questione giuridica risulta poco o scarsamente trattata. In proposito, si rinvia a F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1952, p. 351; G.D. PISAPIA, *Istituzioni di diritto penale*, Padova, 1975, p. 15. Di fondamentale rilievo per la letteratura scientifica la posizione dottrinale di T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1982, p. 1366. Su quest'ultima questione giuridica si legga anche E. M. AMBROSETTI, *Abolitio criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2004, pp. 213 ss.

⁴¹ Sul punto, si legga la ricostruzione dogmatica proposta da G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, Milano, 2008, pp. 143-144.

sostituzione della nuova normativa rispetto a quella preesistente, anche se quest'ultima risulti compatibile.

Dunque, il concetto di abrogazione funge da parametro risolutivo rispetto all'insorgenza delle antinomie, ovvero quei contrasti interpretativi che intervengono a livello cronologico tra norme e si esplicano nel conflitto tra la disposizione posteriore e quella antecedente⁴².

Un caso emblematico è costituito proprio dal fenomeno dell'antinomia giuridica, che consiste nel contrasto tra due normative poste sul medesimo piano gerarchico e approvate sulla base di tempistiche diverse, le quali rinviano ad una identica disposizione penale e delineano un rapporto di reciproca incompatibilità⁴³.

Secondo autorevole orientamento dottrinale⁴⁴, la predetta problematica potrebbe essere risolta attraverso l'impiego del criterio cronologico della prevalenza della norma posteriore rispetto a quella precedente che così sarebbe tacitamente abrogata (*lex posterior derogat legi priori*).

In proposito, il ragionamento logico-giuridico alla base della decisione commentata aderisce alla suddetta ricostruzione dogmatica ed è rispettoso del principio della separazione dei poteri, laddove l'abrogazione di una norma dipenda dalla volontà legislativa e non dalla prassi giurisprudenziale.

Sulla base di tali considerazioni, l'organo giudicante è interprete del dettato legislativo ma non può sostituirsi al legislatore poiché ciò comporterebbe una sovrapposizione di competenze istituzionali e la contestuale inosservanza dei principi fondamentali sanciti dalla Costituzione.

In un'ottica critica rispetto alla decisione annotata, va poi menzionata l'opposta concezione teorica⁴⁵ che ritiene fondamentale l'apporto dell'interpretazione ermeneutica nella genesi delle disposizioni penali e individua in un successivo momento l'attività legislativa finalizzata a delineare gli elementi della fattispecie penale o ad abrogare quelle disposizioni connotate da matrice giurisprudenziale.

Tuttavia, nel caso di specie il ruolo dell'organo giudicante non consiste nell'avocazione di prerogative spettanti al potere legislativo, ma si esplica nella corretta attività di accertamento dell'intervento legislativo che abbia prodotto o meno l'esito abrogativo tacito della normativa penale posteriore nei riguardi di quella anteriore.

⁴² Si veda F. MODUGNO, voce *Abrogazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988, pp. 1 e ss.; G. U. RESCIGNO, voce *Abrogazione*, in *Diz. dir. pubblico*, S. CASSESE (Dir.), Vol. I, Milano, 2006, pp. 17 e ss.; A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, 2011, p. 38.

⁴³ Cfr. K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano 1970, p. 255; N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 209; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, pp. 291 e ss.; R. ALEXYS, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, pp. 108 e ss.

⁴⁴ Sul punto si veda M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, p. 248, che valorizza il primato del principio di legalità e contesta l'espressione "abrogazione giurisprudenziale", in quanto il legislatore non attribuisce alcuna delega "in bianco" ai giudici rispetto all'attività di produzione normativa.

⁴⁵ Così A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2007, p. 27 e ss.

Sul punto, la Suprema Corte ha aderito alla suddetta posizione maggioritaria e si è poi soffermata sulla c.d. tecnica del rinvio mobile⁴⁶, invocata dalla pubblica accusa ricorrente e dalla Procura generale avverso l'ordinanza del Tribunale di Catanzaro.

Com'è noto, tale espressione designa un sistema di connessione tra due normative di cui una ha natura rinviante (art. 39, l. n. 262/2005) mentre l'altra è richiamata in tutti i mutamenti legislativi successivamente verificatisi (art. 132 T.U.B.).

Tuttavia, quest'ultima ricostruzione ermeneutica desta non poche perplessità, in quanto determinerebbe un capovolgimento del legame tra le predette normative, nel senso che sarebbe l'art. 132 T.U.B. ad includere gli elementi costitutivi dell'art. 39 della legge n. 262/2005 e non viceversa.

Sulla base di tali riflessioni, la disposizione in materia di duplicazione sanzionatoria integrerebbe il delitto di esercizio abusivo dell'attività finanziaria, al di là dell'identificazione del rinvio, la cui struttura e *ratio* logica sarebbe così scarsamente compatibile rispetto al caso concreto.

6. Considerazioni conclusive

La soluzione prefigurata dalla Suprema Corte consente di delineare alcune brevi considerazioni sulle questioni giuridiche desunte dal caso oggetto di esame.

Una preliminare riflessione generale verte sull'erosione dei principi generali poiché, come affermato da autorevole dottrina⁴⁷, la scelta di politica criminale fondata sulla promozione della legislazione complementare ha senza dubbio incrementato il rischio di elusione dei principi costituzionali, in virtù della presunta natura "straordinaria" del diritto penale dell'economia.

Un caso emblematico è rappresentato proprio dalle fattispecie penali prive di un evento in senso naturalistico e strutturate secondo il modello di reato di pericolo, come nel caso dell'art. 132 T.U.B., ove ci si sofferma sulla posizione dell'agente, sulla sua qualifica nell'ambito del sistema organizzativo, sull'identificazione degli individui responsabili all'interno delle strutture complesse e sulla varietà delle vittime coinvolte⁴⁸.

Com'è noto, la disciplina dell'abusivismo finanziario si articola in una serie di norme incriminatrici che si caratterizzano per la salvaguardia anticipata degli interessi finali, attraverso la corretta circolazione delle informazioni rispetto alle funzioni di controllo svolte dagli organi di vigilanza.

⁴⁶ Per tale espressione si veda F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Padova, 2015, pp. 167 e ss. M. PETRONE, *La costruzione della fattispecie mediante rinvio*, in A.A. V.V., *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, p. 192.

⁴⁷ Cfr. G. FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Milano, 1994, p. 217.

⁴⁸ Sul punto M. BERTOLINO, *Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità. Una relazione da scoprire*, in *Criminalia*, 2014, p. 15.

Un ulteriore profilo giuridico controverso che in via incidentale può desumersi dall'analisi del fenomeno dell'abusivismo finanziario attiene all'individuazione dell'oggetto di tutela.

Invero, il ruolo del bene giuridico nella c.d. *criminalità d'affaires* presenta un grado di elevata flessibilità che ha condotto alla progressiva perdita della funzione di filtro ad esso associato, quale criterio di legittimazione negativa finalizzato a reprimere fenomeni criminosi e argine rispetto a possibili interventi legislativi⁴⁹.

Sulla base delle suddette considerazioni, uno dei significativi profili di criticità è rappresentato dal declino di quegli interessi protetti connotati da rilevante pregnanza e rispettosi dei principi di proporzionalità ed offensività, e dalla contestuale emersione del c.d. "diritto criminale del pericolo", in cui le esigenze di difesa sociale e di governo della società mediante il ricorso alla sanzione penale prevalgono sulla salvaguardia degli interessi individuali⁵⁰.

Infine, tale decisione ha aderito ad una prospettiva ermeneutica costituzionalmente orientata della successione di norme penali rispetto al delitto di esercizio abusivo dell'attività finanziaria.

In proposito, il fenomeno dell'abrogazione tacita presuppone un rigoroso accertamento che consenta al giudice di adempiere alle finalità di politica criminale, senza che si determini uno sviamento dai limiti previsti dalla legge a cui l'organo giudicante risulti sottoposto.

Non vi è dubbio che una valutazione di implicita cognizione della legge avulsa dal rispetto dei principi di uguaglianza e ragionevolezza determinerebbe un indebito incremento dei poteri dei giudici che esulerebbe dai confini del sindacato di costituzionalità⁵¹.

Pertanto, il tema dell'abusivismo finanziario ha costituito oggetto di una serie di osservazioni desumibili dalla decisione della Suprema Corte, la cui analisi si è articolata in una dimensione non solo meramente prasseologica ma anche fondata su una possibile ricostruzione critica delle principali questioni giuridiche emerse nel caso *de quo*.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ALESSANDRI A., SEMINARA S., *Diritto penale commerciale. I principi generali*, Vol. I, Torino, 2018; ALESSANDRI A., *Reati in materia economica*, Torino, 2012; ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010;

⁴⁹ Cfr. D. PULITANÓ, *Politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, (A cura di), cit., pp. 36 e ss. F.C. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 457; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 34 e ss.

⁵⁰ Sul punto V. PATALANO, *Beni costituzionali e tutela penale degli interessi economici*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, I, Milano, 1991, pp. 631 e ss.

⁵¹ Cfr. M. BARBERIS, *Filosofia del diritto*, Torino, 2008, p. 253; L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1997, p. 906.

ALESSANDRI A., *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in A.A. V.V., *Studi per Federico Stella*, Napoli, 2007, pp. 925-979; ALEX Y R., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012; ALFANO N., sub art. 132, in CAPRIGLIONE F. (Dir.), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2018, p. 2573; AMBROSETTI E. M., MEZZETTI E., RONCO M., *Il diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016; AMBROSETTI E.M., *Abolito criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2004; BARBERIS M., *Filosofia del diritto*, Torino, 2008; BERTOLINO M., *Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità. Una relazione da scoprire*, in *Criminalia*, 2014, p. 15; BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993; BONINI S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Trento, 2018; BRICOLA F., *Elementi di novità e linee di tendenza nella legislazione penale in materia economica*, in CANESTRARI S., MELCHIONDA A., (A cura di), *Franco Bricola. Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, p. 3339; BRICOLA F., *Profili penali della disciplina del mercato finanziario*, in COSTI R. (A cura di), *Il diritto del mercato finanziario alla fine degli anni 80*, Milano, 1990, p. 127; CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2007; CALABRESI G., *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, in *The Yale Law Journal*, vol. 70, 1961, p. 499; CAPERNA A., *I reati di abusivo esercizio dell'attività finanziaria (art. 132, d.lgs. 1° settembre 1993 n. 385)*, in *Giur. mer.*, 1/2005, p. 167; CASTALDO A., *Accesso all'attività bancaria e strategie penalistiche di controllo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1/1996, pp. 75 e ss.; CELOTTO A., *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, 2011; CERRINA FERONI G., *Introduzione*, in EADEM (A cura di), *Tutela del risparmio e vigilanza sull'esercizio del credito*, Torino, 2011; COASE R., *The problem of social cost*, in *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960; COPPI F., *Due nuove edizioni del libro "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*, in *Arch. pen.*, 1966, pp. 66 e ss.; COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012; CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, ESI, 2012; DELMAS-MARTY M., ROCHE-PIRE E., *Criminalité des affaire et Marché commun*, in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 36, 1984, pp. 653-654; DUBOLINO C., DUBOLINO P., *Codice delle leggi penali speciali*, Piacenza, 2020; ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano 1970; FIANDACA G., DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003; FIANDACA G., MUSCO E., *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 34 e ss.; FOFFANI L., *Reati bancari*, in PEDRAZZI C., ALESSANDRI A., FOFFANI L., SEMINARA S., SPAGNOLO G., (A cura di), *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 1999, p. 463; FORNASARI G., PESCE F., *Il legislatore alla scuola della razionalità (tra luci e ombre). Il modello di analisi economica del diritto penale applicato ad alcune esperienze legislative*, in *Ind. pen.*, 2016, p. 407; FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Milano, 1994; GALANTIE., *La storia dell'ordinamento bancario e finanziario italiano fra crisi e riforme*, in GALANTI E., (A cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008, pp. 46 e ss.; GAMBARDELLA M., *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013; GAMBARDELLA M., *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008; GANDOLFI G., *Legge bancaria e Costituzione. Premesse ad un corso di diritto bancario*,

in *Giur. it.*, IV, 1975, p. 13; GATTA G.L., *Abolito criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, Milano, 2008; GIORGIANNI F., TARDIVO C.M., *Manuale di diritto bancario*, Milano, 2012; GIUNTA F., *Il diritto penale dell'economia: tecniche normative e prova dei fatti*, in *Riv. trim., dir. pen. econ.*, 2017, p. 544; GUASTINI R., *La sintassi del diritto*, Torino, 2011; GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, Milano, 1952; LANZI A., PUTINATI S., *Istituzioni di diritto penale dell'economia*, Milano, 2007; LA TORRE M.R., *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, in PICOZZA E., GABRIELLI E., (Dir.), *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, 2010, p. 6; LOSAPPIO G., *Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale. Lineamenti di un sottosistema*, Bari, 2004; MANNA A., *L'abusivismo finanziario e bancario nel sistema penale*, in *Barca borsa tit. cred.*, fasc. 1, 1996; MANTOVANI M., *Profili penali delle attività non autorizzate*, Torino, 2003; MARINI G., *Reati bancari*, in CONTI L. (A cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2001, p. 409; MAUGERI A.M., *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008; MAZZI G., *Reati bancari*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 932; MEYER A., *L'abusivismo finanziario*, in MEYER A., STORTONI L., *Diritto penale della banca, del mercato finanziario e mobiliare*, Torino, 2002, pp. 81 e ss.; MIRIELLO A., *L'abusivismo finanziario*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., (Dir.), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2019, p. 571; MODUGNO F., voce *Abrogazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988, pp. 1 e ss.; MONTANI E., *Economic crimes, diritto penale ed economia: prove di dialogo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4/2005, p. 909; MUCCIARELLI F., *Sanzioni e attività d'impresa: qualche nota*, in PALIERO C.E., VIGANÓ F., BASILE F., GATTA G.L., (A cura di), *Studi in onore di E. Dolcini*, Vol. II, Milano, 2018, p. 1147; MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004; NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009; PADOVANI T., *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1982; PAGLIARO A., *Funzioni della pena criminale*, in *Cass. pen.*, fasc. 5, 2016, p. 1849; PALADIN L., voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1997, p. 906; PALAZZO F., *Per una razionalizzazione della legislazione complementare*, in *Cass. Pen.*, 2003, pp. 317 e ss.; PALAZZO F.C., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 457; PALIERO C.E., *L'economia della pena (un work in progress)*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (A cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, Milano, 2006, p. 539; PATALANO V., *Reati e illeciti del diritto bancario. Profili sistematici della tutela del credito*, Torino, 2003; PATALANO V., *Beni costituzionali e tutela penale degli interessi economici*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, I, Milano, 1991, pp. 631 e ss.; PATERNITI C., *Manuale dei reati*, Milano, 2002; PAVARINI M., *Introduzione al libro «Dei delitti e delle pene». Origine delle pene*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, pp. 236-237; PESCE F., *Alle radici di un difficile binomio: analisi economica e diritto penale*, in *Ind. pen.*, fasc. 1/2011, p. 29; PETRONE M., *La costruzione della fattispecie mediante rinvio*, in A.A. V.V., *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, p. 192; PISANI N., voce

“Reati bancari”, in CASSESE S., (Dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, p. 4843; PULITANÓ D., *Politica criminale*, in MARINUCCI G., DOLCINI E., (A cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, pp. 3 e ss.; RESCIGNO G.U., voce *Abrogazione*, in *Diz. dir. pubblico*, CASSESE S., (Dir.), Vol. I, Milano, 2006, pp. 17 e ss.; RUGA RIVA C., *L’abusivismo finanziario: questioni giurisprudenziali e profili di illegittimità costituzionale*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2001, p. 534.; SEMINARA S., *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 550; SEMINARA S., *Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 4/2004, pp. 506 e ss.; SGUBBI F., *Presentazione*, in INSOLERA G., (A cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, pp. XIV-XV; SORBELLO P., *Abusivismo nel diritto penale dell’intermediazione finanziaria*, 2014; SORRENTINO F., *Le fonti del diritto*, Padova, 2015; TRIPODI A.F., *L’aumento delle sanzioni penali e amministrative (art. 39)*, in GALGANO F., ROVERSI-MONACO F., (A cura di), *Le nuove regole del mercato finanziario*, Padova, 2009, pp. 727 e ss

Recensioni



FEDERICO BONAGLIA, ANDREA GOLDSTEIN, *Globalizzazione e sviluppo*, Bologna, Il Mulino, 2° edizione aggiornata, 2011, pp. 131.

La globalizzazione ha rivoluzionato il modo in cui il mondo commercia, comunica ed interagisce. Ha aperto nuove opportunità per lo sviluppo economico e sociale, ma ha anche generato criticità significative.

Il volume dal titolo “*Globalizzazione e sviluppo*”, scritto per i tipi de Il Mulino da due economisti dell’OCSE, Federico Bonaglia e Andrea Goldstein, affronta con un linguaggio chiaro e di agevole comprensione tale delicato tema, muovendo dalla definizione – attribuita al sociologo Anthony Giddens – secondo cui “globalizzare” significa intensificare le relazioni sociali su scala mondiale, tale da far dipendere ciò che accade a livello locale da eventi che si verificano a grande distanza e viceversa.

Si tratta di un fenomeno, sostanzialmente onnicomprensivo e con ramificazioni in tutte le sfere del vivere sociale, che è oggetto, in molti casi, di differenti definizioni a seconda della particolare scienza sociale che lo studia.

Alcuni ritengono che il fenomeno *de quo* sia uno strumento fondamentale per condurre alla realizzazione (utopia?) di un mondo più ricco, più libero, e soprattutto più equo, quasi che il termine stesso “globalizzazione” sia un sinonimo di “giustizia sociale per tutti”. Altri invece lo considerano come il “male supremo”, causa prima della realizzazione di un mondo interamente mercificato, privo di regole e fonte di disuguaglianza sociale diffusa.

Vi sono infine coloro che, pur guardando con ottimismo il fenomeno e riconoscendo che lo stesso è capace di produrre effetti sullo sviluppo economico tanto maggiori quanto minori sono le disuguaglianze che inesorabilmente determina, ritengono che la globalizzazione non vada concettualmente estremizzata, bensì semplicemente governata. Ciò non soltanto per evitare danni profondi alla coesione sociale, alla democrazia e all’ambiente, ma soprattutto per massimizzarne l’impatto positivo.

Vero è che la globalizzazione rappresenta, viepiù sotto il profilo specificamente economico, un fenomeno complesso che ha trasformato radicalmente il mondo negli ultimi decenni. Questo processo ha portato a un’integrazione sempre più profonda delle economie nazionali, attraverso la liberalizzazione degli scambi commerciali, l’espansione delle multinazionali e l’interconnessione dei mercati finanziari.

Peraltro, uno degli aspetti più evidenti della globalizzazione è l’accelerazione degli scambi commerciali. Le barriere tariffarie e non tariffarie sono state abbassate, consentendo la circolazione più libera di beni e servizi tra i vari paesi. Questo ha portato a un aumento della specializzazione produttiva e a catene di approvvigionamento globali sempre più intricate, consentendo alle imprese di sfruttare le *comparative advantages* offerte da diverse regioni del mondo.

Insieme agli scambi commerciali, la globalizzazione ha determinato anche un’espansione senza precedenti delle imprese multinazionali. Queste aziende operano su scala globale, spesso con catene di fornitura, operazioni di

produzione e mercati di vendita distribuiti in diversi paesi. Se da un lato ciò ha favorito l'efficienza e l'innovazione, ha anche sollevato preoccupazioni riguardo alla concentrazione del potere economico e agli impatti sulle economie locali.

Parallelamente, il fenomeno ha prodotto un'integrazione sempre più stretta dei mercati finanziari. Gli investimenti e i flussi di capitale possono muoversi rapidamente attraverso i confini nazionali, aumentando le opportunità di investimento ma anche amplificando i rischi di instabilità finanziaria e crisi economiche che possono diffondersi a livello globale.

Un altro aspetto cruciale della globalizzazione è, poi, il diffondersi delle idee e delle tecnologie. Le innovazioni e le conoscenze si diffondono più rapidamente, consentendo ai paesi in via di sviluppo di accedere a nuove tecnologie e know-how. Tuttavia, ciò ha anche contribuito a un'accentuazione delle disuguaglianze, sia all'interno dei singoli paesi che tra paesi diversi, in quanto alcuni si sono beneficiati degli effetti positivi della globalizzazione più di altri.

Da un lato, la globalizzazione ha consentito a molte economie in via di sviluppo di integrarsi nei mercati globali, fornendo accesso a investimenti, tecnologie e conoscenze. Ciò ha portato a una crescita economica significativa in molte parti del mondo, riducendo la povertà e migliorando la qualità della vita per milioni di persone.

D'altro canto, la globalizzazione ha anche generato disuguaglianze economiche e sociali sia all'interno che tra i paesi. Mentre alcune regioni hanno beneficiato enormemente dell'apertura dei mercati globali, altre hanno subito la perdita di posti di lavoro e la deindustrializzazione.

Inoltre, la dipendenza e l'interconnessione delle economie globali hanno reso i paesi più vulnerabili alle crisi finanziarie e alle fluttuazioni dei prezzi delle materie prime.

Per affrontare queste criticità, è essenziale adottare prospettive che bilancino gli aspetti positivi e negativi della globalizzazione.

Ciò potrebbe includere politiche di inclusione sociale ed economica, investimenti nell'istruzione e nella formazione professionale, nonché un maggiore controllo sui flussi finanziari internazionali.

Qualsiasi prospettiva di sviluppo globale deve però avere necessariamente a cuore il tema della sostenibilità ambientale. La globalizzazione ha infatti portato a un aumento della produzione e del consumo su scala mondiale, con conseguenti impatti significativi sull'ambiente. È dunque fondamentale adottare politiche che promuovano la crescita economica sostenibile e la protezione dell'ambiente, affrontando le sfide del cambiamento climatico e della perdita di biodiversità.

Infine, vengono in rilievo la cooperazione internazionale e la solidarietà globale. Gli Stati, le istituzioni internazionali, le imprese e la società civile devono lavorare insieme per promuovere un modello di sviluppo globale equo, sostenibile e inclusivo.

In sintesi, si tratta di un fenomeno che ha portato a cambiamenti profondi e complessi nell'economia mondiale. Ha certamente offerto opportunità senza

precedenti, ma ha anche generato sfide significative che richiedono una *governance* globale efficace, una maggiore attenzione alla sostenibilità e una gestione oculata degli impatti sociali ed economici.

Di tutto ciò si dà piena contezza nel volume che si recensisce, dove si evidenzia tra l'altro che lo scopo da esso perseguito è *“passare dalla retorica alla realtà, dallo scontro basato su posizioni dogmatiche alla dialettica del dibattito, familiarizzando il lettore con le molteplici forme in cui la globalizzazione si manifesta nel mondo contemporaneo, con i principali temi e dibattiti sulla globalizzazione dell'economia e con gli strumenti concettuali ed empirici che sono disponibili per valutarne le conseguenze sui processi di sviluppo”*. Certamente, la globalizzazione offre numerose opportunità per lo sviluppo, ma presenta anche importanti criticità che richiedono una riflessione attenta e azioni concrete.

Sviluppare prospettive che affrontino in modo equilibrato gli impatti positivi e negativi della globalizzazione è fondamentale per costruire un futuro sostenibile e prospero per tutti. Questo è, in buona sostanza, il messaggio che si trae dalla lettura del volume.

In conclusione, si tratta di un agile libretto di poco più di cento pagine che ben contribuisce, ad oltre tredici anni dalla sua prima pubblicazione, a fare chiarezza sulle implicazioni di carattere sociale ed economico di un fenomeno che vede ancora oggi divisi gli studiosi delle scienze economiche tra fautori del libero scambio *tout court*, da un lato, e veri e propri “globofobi”, dall'altro.

ANNA AMBRA

