

Il Dipartimento Jonico in “Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture” (DJSGE) è il primo dipartimento dell’Università degli Studi di Bari Aldo Moro con sede a Taranto. Esso nasce dall’aggregazione di docenti e ricercatori della II Facoltà di Giurisprudenza, della II Facoltà di Economia, dei corsi di laurea in Scienze della Formazione (Facoltà di Scienze della Formazione) e in Scienze Infermieristiche (Facoltà di Medicina) di Taranto intorno a tematiche di ricerca e di formazione rispondenti alla vocazione mediterranea dell’area ionica: ambiente, tutela della salute e del territorio, diritti ed economie del mare, valorizzazione dei saperi e delle culture dello spazio euro-mediterraneo.

Lo studio investe un tema antico, quello della funzione amministrativa neutrale, declinandolo in una prospettiva attuale proiettata *de futuro*.

Si è discusso tanto e talora persino eccessivamente della funzione amministrativa, tradizionalmente vista per lo più nella prospettiva unilaterale ed autoritativa, sostanzialmente preda del vincolo funzionale inteso alla realizzazione ineludibile dell’interesse pubblico attraverso l’esercizio “armato” del potere (in tesi, discrezionale), non sempre considerando tuttavia che nell’ambito della funzione in senso lato rientrano una pluralità di connotazioni che fanno di quella autoritativa ed unilaterale una delle possibilità di invero effettivo della funzione medesima e del potere.

L’autore ne è pienamente consapevole e muove da considerazioni di principio poste da dottrina autorevole ancorché risalente (spicca nell’*incipit* il riferimento ad Aldo Mazzini Sandulli), per poi sviluppare il lavoro con criterio logico approdando epistemologicamente alla conferma della perdurante rilevanza della funzione amministrativa a carattere neutrale.

Lo studio muove da una considerazione obiettiva e necessaria, secondo la quale l’ordinamento, per sua intrinseca natura, è (deve essere) neutrale. La stessa norma giuridica – frutto a monte di scelte politiche – una volta inserita nella trama legislativa perde, infatti, ogni caratterizzazione di parte per fondersi nell’interesse pubblico generale.

Lo scopo è ben delineato fin dalle premesse, ossia quello di verificare la permanente presenza della funzione neutrale in ambito amministrativo, tenendo conto della obiettiva difficoltà di “dipanare” le differenti declinazioni della funzione ed evidenziarne – laddove presenti – i tratti di neutralità distinguendoli da quelli propri dell’amministrazione attiva, talora imbattendosi in terreni “paludosi” ove tale distinzione è concretamente faticosa.

ISBN 978-88-6611-582-3



9 788866 115823

€ 38,00



M.T.P. Caputi Jambrenghi

La funzione amministrativa neutrale

18

DJSGE Collana del Dipartimento Jonico
in “Sistemi Giuridici
ed Economici del Mediterraneo:
società, ambiente, culture”



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO

M.T. Paola Caputi Jambrenghi

La funzione amministrativa neutrale

M.T. Paola Caputi Jambrenghi è professore associato di Diritto amministrativo nell’Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”, abilitata alla prima fascia nell’anno 2013. È autrice di diversi scritti giuridici su vari temi del diritto amministrativo e di 4 lavori monografici incentrati sui temi delle associazioni del terzo settore, degli esercizi commerciali, della funzione autoritativa e del volontariato visto nella prospettiva della sussidiarietà e del mercato.



CACUCCI
EDITORE

M.T. Paola Caputi Jambrenghi

La funzione amministrativa neutrale



CACUCCI
EDITORE
2017

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2017 Cacucci Editore - Bari

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari - Tel. 080/5214220

<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

**Collana del Dipartimento Jonico in “Sistemi Giuridici
ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture”
Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”**

1. Francesco Mastroberti (*a cura di*)

La “Testa di Medusa”. Storia e attualità degli usi civici

2. Francesco Mastroberti, Stefano Vinci, Michele Pepe

Il *Liber Belial* e il processo romano-canonico in Europa tra XV e XVI secolo

3. Bruno Notarnicola, Antonio Felice Uricchio, Giuseppe Tassielli, Pietro Alexander Renzulli, Gianluca Selicato

Elaborazione di un modello di applicazione dei principi e degli strumenti dell’ecologia industriale ad un’area vasta

4. Fabio Caffio, Nicolò Carnimeo, Antonio Leandro

Elementi di Diritto e Geopolitica degli spazi marittimi

5. Aurelio Arnese

Usura e *modus*. Il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all’attualità

6. Antonio Uricchio (*a cura di*)

Azione di contrasto della pirateria: dal controllo dei mari a quello dei flussi finanziari

7. Andrea Buccisano

Assistenza amministrativa internazionale dall’accertamento alla riscossione dei tributi

8. Stefano Vinci

Regimento et governo. Amministrazione e finanza nei comuni di Terra d’Otranto tra antico e nuovo regime

9. Francesco Mastroberti

Costituzioni e costituzionalismo tra Francia e Regno di Napoli (1796-1815)

10. Mario Angiulli

I contributi consortili tra beneficio e capacità contributiva

11. Salvatore Antonello Parente

Criteri di deducibilità delle passività e limiti quantitativi del tributo successorio

12. Antonio Felice Uricchio (*a cura di*)

L’emergenza ambientale a Taranto: le risposte del mondo scientifico e le attività del polo “Magna Grecia”

13. Paolo Pardolesi

Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato

14. Danila Certosino

Mediazione e giustizia penale

15. Piergiuseppe Otranto

Internet nell’organizzazione amministrativa. Reti di libertà

16. Antonio Felice Uricchio, Mario Aulenta, Gianluca Selicato (*a cura di*)

La dimensione promozionale del fisco

17. Claudio Sciancalepore

Cambiamenti climatici e *green taxes*

18. Paola Caputi Iambrenghi

La funzione amministrativa neutrale

**Collana della II Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”
Sede di Taranto**

1. Antonio Incampo

Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica

2. Antonio Uricchio

Le frontiere dell'imposizione tra evoluzione tecnologica e nuovi assetti istituzionali

3. Paola Pierri

L'ignoranza dell'età del minore nei delitti sessuali

4. Concetta Maria Nanna *(a cura di)*

Diritto vivente e sensibilità dell'interprete

5. Marta Basile

Il principio di collaborazione tra fisco e contribuente

6. Antonio Uricchio *(a cura di)*

Nuove piraterie e ordinamenti giuridici interni e internazionali

7. Paolo Pardolesi *(a cura di)*

Seminari di diritto privato comparato

8. Nicola Triggiani *(a cura di)*

La messa alla prova dell'imputato minorenni tra passato, presente e futuro. L'esperienza del Tribunale di Taranto

9. Salvatore Antonello Parente

I modelli conciliativi delle liti tributarie

10. Nicola d'Amati e Antonio Uricchio *(a cura di)*

Giovanni Carano Donvito scritti scelti di scienza delle finanze e di diritto finanziario.

11. Antonio Uricchio

Il federalismo della crisi o la crisi del federalismo? Dalla legge delega 42/2009 ai decreti attuativi e alla manovra salva Italia

12. Antonio Uricchio *(a cura di)*

I percorsi del federalismo fiscale

13. Francesco Fratini

Gli interpelli tributari tra doveri di collaborazione dell'amministrazione finanziaria e tutela del contribuente. Contributo allo studio delle tutele nei confronti degli atti non autoritativi dell'amministrazione finanziaria nell'ambito di una prospettiva de iure condendo del sistema delle garanzie dei tax payers

14. Paolo Pardolesi

Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. Punitive damages

15. Annamaria Bonomo

Informazione e pubbliche amministrazioni dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni

- 16. Gaetano Dammacco, Bronislaw Sitek, Antonio Uricchio** (*a cura di*)
Integrazione e politiche di vicinato. Nuovi diritti e nuove economie.
Integration and neighbourhood policies. New rights and new economies.
Integracja i polityki sąsiedztwa. Nowe prawo i nowa ekonomia
- 17. Sławomir Kursa**
La diseredazione nel diritto giustiniano
- 18. Concetta Maria Nanna**
Doveri professionali di status e protezione del cliente-consumatore. Contributo alla teoria dell'obbligazione senza prestazione
- 19. Umberto Violante**
Profili giuridici del mercato dei crediti in sofferenza
- 20. Filippo Rau**
La procura alle liti nel processo civile e nel processo tributario
- 21. Nicolò Carnimeo**
La tutela del passeggero nell'era dei vettori low cost. Annotato con la giurisprudenza
- 22. Giuseppe Ingrao**
La tutela della riscossione dei crediti tributari
- 23. Antonio Incampo**
Filosofia del dovere giuridico
- 24. Nicolò Carnimeo**
La pesca sostenibile nel mediterraneo. Strumenti normativi per una politica comune
- 25. Daniela Caterino**
Poteri dei sindaci e governo dell'informazione nelle società quotate
- 26. Giuseppina Pizzolante**
Diritto di asilo e nuove esigenze di protezione internazionale nell'Unione europea
- 27. Vincenzo Caputi Jambrenghi** (*a cura di*)
Effetti economico sociali del federalismo demaniale in Puglia
- 28. Antonio Perrone**
Fatto fiscale e fatto penale: parallelismi e convergenze
- 29. Maria Concetta Parlato**
Le definizioni legislative nel sistema penale tributario
- 30. Antonio Uricchio** (*a cura di*)
Federalismo fiscale: evoluzione e prospettive
- 31. Maria Rosaria Piccinni**
Il tempo della festa tra religione e diritto
- 32. Gianluca Selicato**
Il nuovo accertamento sintetico dei redditi

Collana del Dipartimento Jonico in “Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture” - Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Direttore: Bruno Notarnicola

Comitato Direttivo: Bruno Notarnicola, Ferdinando Parente, Michele Indelicato, Giuseppe Losappio, Umberto Violante, Fabio Calefato, Carlo Cusatelli, Luigi Iacobellis (Resp. Redazione), Pietro Alexander Renzulli,

Comitato Scientifico: Domenico Garofalo, Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano, Ferdinando Parente, Antonio Felice Uricchio, Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Daniela Caterino, Michele Indelicato, Ivan Ingravallo, Antonio Leandro, Tommaso Losacco, Giuseppe Losappio, Pamela Martino, Francesco Mastroberti, Francesco Moliterni, Concetta Maria Nanna, Fabrizio Panza, Paolo Pardolesi, Giovanna Reali, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli, Nicola Triggiani, Umberto Violante.

Comitato di Redazione: Aurelio Arnese, Giovanni Bianco, Annamaria Bonomo, Mario Aulenta, Lucianna Cananà, Nicolò Giovanni Carnimeo, Maria Casola, Ernesto Cianciola, Carlo Cusatelli, Annunziata de Felice, Gabriele Dell'Atti, Cira Grippa, Nicolaia Iaffaldano, Michele Indelicato, Antonio Leandro, Stella Lippolis, Pamela Martino, Pierluca Massaro, Patrizia Montefusco, Francesco Perchinunno, Armando Regina, Pietro Alexander Renzulli, Angelica Riccardi, Luigi Santacroce, Maria Laura Spada, Paolo Stefanì, Maurizio Sozio, Giuseppe Tassielli, Stefano Vinci, Umberto Violante.

Il presente volume è stato sottoposto ad una procedura di valutazione basata sul sistema di *Peer Review* a “doppio cieco”.

Gli atti della procedura di revisione sono consultabili presso la segreteria del Dipartimento Jonico.

A me stessa e alle mie scelte

Sommario

PREMESSA

1. Amministrazione neutrale e amministrazione attiva nella dinamica degli interessi 15
2. Neutralità e imparzialità: una distinzione necessaria 18
3. Piano dell'opera 21

CAPITOLO I

FUNZIONI NEUTRALI E AMBITO DELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA

1. Disparità, uguaglianza e garanzie *ut* e *ne* 23
2. Neutralità nel comportamento del soggetto pubblico e impresa pubblica nel mercato secondo l'ordinamento comunitario 27
3. La neutralità economica dei trattati europei 30
4. Funzione pubblica e servizio pubblico. Cenni critici su una distinzione necessaria 32
 - 4.1 Segue. La tradizionale contrapposizione della funzione amministrativa al servizio pubblico. 38
5. Il "servizio pubblico" nell'ordinamento UE. 44
6. *Officium* e funzione pubblica 46
7. Alcuni spunti di riflessione su potere e funzione neutrale 49
8. La netta prevalenza dell'amministrazione di scopo 55

CAPITOLO II

LA LEGIFICAZIONE DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA, IL *FAVOR* PER IL DIRITTO PRIVATO E LE CONSEGUENZE SULLE FUNZIONI AMMINISTRATIVE

1. La riduzione *ope legis* della sfera discrezionale dell'amministrazione e l'invasione costante dell'esecutivo 57
2. Le prospettive del nuovo rapporto tra amministratori e amministrati: l'art. 118, quarto comma, Cost. 69
 - 2.1 *Welfare* e "creazione" dell'interesse sostanziale nell'area contrattuale. Conseguenze sulla funzione neutrale 73
3. Funzione neutrale, certezza e affidabilità 76
4. La funzione di produzione di certezza 79
5. La neutralità della funzione di produzione delle certezze nel dibattito dottrinario. 84

CAPITOLO III
LA FUNZIONE AMMINISTRATIVA NEUTRALE
IN DIRITTO POSITIVO

1. Premessa	89
2. Il controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti sugli atti governativi come funzione amministrativa neutrale	90
3. Aspetti di neutralità nella funzione consultiva	101
4. Il Comitato economico e sociale e il Comitato delle regioni	113
5. La neutralità degli uffici elettorali e dell'ufficio centrale per il referendum presso la Corte di cassazione e l'effettività della tutela giurisdizionale	115
6. Gli organi di garanzia (di governo autonomo) delle magistrature tra indipendenza e neutralità	126

CAPITOLO IV
LA NEUTRALITÀ NEL "MERCATO" EUROPEO E LA MEDIAZIONE
NEUTRALE NELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA
FRANCESE E ITALIANA

1. Il <i>favor</i> della Commissione europea per le soluzioni alternative delle controversie nel mercato.	129
2. La legge francese sulla mediazione tra le forme di modernizzazione della giustizia del XXI secolo e le proposte di riforma del codice del processo amministrativo	134
3. Il regolamento ministeriale sulle Camere arbitrali e di conciliazione	140
4. Elementi di contrasto sull'introduzione di strumenti giustiziali nel processo amministrativo italiano.	143

CAPITOLO V
NEUTRALITÀ NELL'AMMINISTRAZIONE
DELL'ECONOMIA PUBBLICA

1. Il Consiglio superiore dei lavori pubblici	149
2. La neutralità dei dirigenti pubblici. Le <i>authorities</i>	153
3. La funzione neutrale delle commissioni di concorso e di gara ad evidenza pubblica.	164
4. Il ricorso amministrativo alle Commissioni di ricorso delle Agenzie europee. Il caso dell'ESMA.	173
4.1 L'ECHA e la sua Commissione di ricorso	177
5. Il Comitato europeo di esperti indipendenti del 1999.	182
6. Le funzioni amministrative neutrali nell'esperienza statunitense.	185

CAPITOLO VI
LE FUNZIONI NEUTRALI NEL MERCATO

1. Ricognizione delle funzioni neutrali nell'economia.	195
2. L'arretramento dello Stato e la produzione di certezze	210
3. Le funzioni neutrali della Commissione censuaria centrale.	214
4. <i>Board delegation</i> e neutralità. Il ruolo dell'ANAC. Cenni.	220
5. L'"esperto indipendente" e la funzione neutrale	232
6. L'arbitro finanziario Consob	236

CAPITOLO VII
FUNZIONI NEUTRALI E AUTORITÀ INDIPENDENTI

1. Il mito della neutralità delle autorità amministrative indipendenti. Considerazioni critiche	239
2. La discrezionalità nella verifica della natura giuridica delle funzioni delle autorità indipendenti.	249
3. L'interesse pubblico specifico come elemento rivelatore della <i>mission</i> . Qualche spunto di riflessione e un esempio	253
4. L'attribuzione di alcune marginali funzioni neutrali alle autorità indipendenti come garanzia di buona amministrazione	261

CAPITOLO VIII
LA FUNZIONE AMMINISTRATIVA NEUTRALE E I "NUOVI DIRITTI"
NASCENTI NEL SETTORE DELLA COMUNICAZIONE
MEDIANTE LA RETE DELLE RETI

1. Premessa	275
2. Internet ed i suoi profili di bene comune	276
3. Il diritto all'informazione e i "nuovi diritti" (sociali) digitali.	290
4. Il diritto di accedere alla conoscenza tramite internet: profili di diritto europeo	297
5. La <i>net neutrality</i> (il servizio universale) negli ordinamenti giuridici.	309
6. La funzione amministrativa neutrale di garanzia dei "nuovi diritti" digitali	314

CAPITOLO IX
AUTORITARIETÀ E GARANZIE

1. Interessi, garanzie e potere unilaterale/autoritativo	323
2. Le Commissioni tributarie e il Garante del contribuente	335
3. Su alcune forme di neutralità "impropria": la funzione giustiziale tra autotutela e autodichia	340

CAPITOLO X
SPUNTI RICOSTRUTTIVI

1. Ricostruzione della funzione amministrativa neutrale	353
2. Neutralità e garanzie	357
3. Una riflessione finale	360

Premessa

Somario: 1. *Amministrazione neutrale e amministrazione attiva nella dinamica degli interessi.* 2. *Neutralità e imparzialità: una distinzione necessaria.* 3. *Piano dell'opera.*

1. Amministrazione neutrale e amministrazione attiva nella dinamica degli interessi

Il problema dell'individuazione di una funzione amministrativa neutrale distinta da quella -senz'altro di tale natura- esercitata in sede giurisdizionale è stato sollevato, in uno scritto che ha ispirato questa ricerca, da Aldo Mazzini Sandulli nel 1964, quando, come l'illustre giurista avvertiva, "i caratteri neutrali" si riscontravano "con notevole frequenza nell'azione dei diversi poteri pubblici; ma non tutti di identica significazione".

L'atto normativo, ad esempio -"risultato delle libere scelte in cui si concreta il potere di indirizzo politico, commesso ad organi che sono espressione delle forze politiche dominanti" e "risultanza di intenti politicamente impegnati"- "per definizione, non può considerarsi il frutto di una attività neutrale"; eppure la stessa norma, una volta entrata in vigore per essere divenuta legge penetra nell'ordinamento giuridico, distaccandosi dai "caduchi interessi particolari del momento della legiferazione", per acquistare "il carattere obbiettivo e neutrale che è proprio dell'ordinamento (nella sua permanente unità e, a un tempo, in ogni sua componente)" ed esprime "l'interesse generale della collettività (che contribuisce a definire), sì da dover essere applicata indifferentemente e imparzialmente -'neutralmente'- nei confronti di tutti (art. 3 Cost.)"¹.

¹ In questi lucidissimi termini A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 200, nonché in *Studi Segni*, Milano, 1967, IV, p. 243 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1990, p. 259 ss., spec. p. 261 degli *Scritti giuridici*, esprime la regola per la quale l'individuazione dei caratteri essenziali delle attività dei pubblici poteri non può riguardare il contenuto delle statuizioni in cui le attività stesse si risolvono, bensì la funzione nell'esercizio della quale esse vengono poste in essere. Sicché la funzione amministrativa non si caratterizza tanto per il contenuto delle statuizioni in cui il suo esercizio sfocia, quanto per i suoi profili formali

In questo studio si intende analizzare la funzione amministrativa neutrale attraverso una ricognizione delle funzioni attribuite all'amministrazione dalla legge, valutando i profili formali e sostanziali di ciascuna di esse per rintracciarvi l'effettiva presenza delle condizioni fondanti la neutralità o per escluderle, viceversa, la configurabilità.

Nello svolgimento della ricerca si dovrà tener conto di una situazione intermedia tra amministrazione attiva e amministrazione neutrale, quando alcune funzioni presentano marginali caratteri di neutralità, tuttavia per così dire inquinata dalla vicinanza agli interessi particolari oppure dalla presenza di una missione specifica assegnata dall'ordinamento giuridico a soggetti dell'organizzazione amministrativa che svolgono rilevanti funzioni di regolazione, cui viene garantita, in vario modo, l'indipendenza, disciplinata dalla legge sotto i profili genetico-strutturale e funzionale, l'irresponsabilità di fronte al Governo, nonché l'affrancamento dall'indirizzo politico di maggioranza; o, ancora, aspetti di neutralità rintracciabili all'interno di funzioni che si collocano sul confine dell'area neutrale dell'azione amministrativa, come avviene nell'esercizio di alcune funzioni destinate ad ausiliare l'amministrazione attiva nella manifestazione all'esterno della sua volontà, frutto di scelte discrezionali sindacabili sotto i pregnanti profili della proporzionalità, logicità e ragionevolezza, ma che rimettono la parte maggiore della decisione all'autorità amministrativa competente.

Il rilievo del rapporto tra funzione amministrativa e realtà degli interessi sui quali il suo esercizio deve incidere, ottenendo gli effetti previsti dall'ordinamento tra i quali, tuttavia, vi è quello di specificarne discrezionalmente la collocazione effettuando mediante un ufficio amministrativo la più opportuna scelta², non consente dubbi sulla necessità di presupporre la dommatica della discrezionalità amministrativa e del connesso onere di motivazione adeguata come maturata nel tempo nell'evoluzione degli ordinamenti giuridici.

Entrambe, può forse dirsi, costituiscono le condizioni logiche che giustificano la realizzazione concreta dell'azione dei pubblici poteri utile al cittadino nell'ambito del rispetto del principio del buon andamento dell'amministrazione che siffatte utilità pretende siano assicurate senza violare il principio della loro legalità, principio costituzionale (art. 97, co. secondo) che -a sua

intesi in senso ampio che comprenda, cioè, tutto quanto non attenga al contenuto delle statuizioni.

² Della migliore offerta per la realizzazione di opere pubbliche da parte dell'impresa; dei più meritevoli tra i concorrenti; del più affidabile magistrato; del concessionario più fedele al concedente; delle destinazioni d'uso del territorio più idonee; dei processi produttivi di merce o di arte più meritevoli di incentivazione mediante contributi finanziari nei limiti del regime europeo contrario agli aiuti di Stato; dell'attività privata che può/deve essere autorizzata e di quella che non merita la realizzazione o che addirittura deve essere vietata; delle modalità concrete e del tempo più opportuno per realizzare il fine di legge, ecc.

volta- implica e motiva la giustiziabilità completa, pur se non duratura, del provvedimento che quella scelta ha compiuto (art. 113).

Tutte le tematiche caratterizzate con sufficiente chiarezza dalla presenza rilevante di interessi differenti in gioco, equiorientati verso il medesimo risultato economico - sociale e dalla necessità di realizzare l'interesse primario in situazioni di imparzialità per assicurare il buon andamento dell'amministrazione emergeranno subito dopo l'esercizio della funzione neutrale e vedranno il ritorno della discrezionalità amministrativa e del controllo politico generale, o particolare ove quest'ultimo sia previsto dall'ordinamento.

Sarà, in altri termini, l'amministrazione attiva che, preso atto della certazione, dell'accertamento o della valutazione dell'organo neutrale, provvederà a tessere nuovamente da indi in poi la tela del buon andamento nell'interesse generale in quei termini ormai noti nei quali la stessa amministrazione lo identifica: esercitando in tal modo la sua primaria funzione di selezione e riconoscimento degli interessi, pubblici e privati. Ciò, tuttavia, con l'apporto determinante del precedente esercizio di funzione amministrativa neutrale, voluto dall'ordinamento in casi determinati e attribuito all'organo competente: se non condivide la conclusione di quest'ultimo, quello di amministrazione attiva beneficerà in ogni caso dei risultati e degli effetti anzitutto conoscitivi che saranno stati comunque raggiunti in sede neutrale.

Detto in altri termini, l'esercizio della funzione amministrativa neutrale non esclude che da parte dell'amministrazione attiva si pervenga eventualmente a porne nel nulla gli effetti, se stimati come non compatibili con la nuova valutazione degli interessi in gioco svolta dall'organo competente che di essa è responsabile secondo l'ordinamento; nonché -in fattispecie, per quanto rare, di rilevanza del controllo politico anche sulla funzione neutrale- nel contrasto con l'opinione e la volontà dei ministri competenti in quella materia.

Dunque, arresti procedurali che sfociano legittimamente anche in una revoca del primo provvedimento, essendo mutate nel tempo le condizioni del pubblico interesse; avvio di nuovi procedimenti amministrativi, paralleli a quello che non può concludersi a causa della posizione ostativa assunta correttamente dall'organo neutrale e che, da un lato, non presuppongono l'intervento di quest'ultimo organo e dall'altro possono raggiungere soltanto in parte il risultato che originariamente era stato divisato dall'autorità amministrativa; rinuncia piena a tornare a provvedere in materia; riproposizione della richiesta di attività neutrale, quando ciò sia in concreto possibile, modificando una parte della richiesta stessa (ad es., analisi, non dell'acidità, ma della sola composizione organolettica dell'olio d'oliva; richiesta di nuova valutazione in ordine al grado di staticità del ponte autostradale o ferroviario, progettato in seconda istanza con l'uso di materiali da costruzione di nuova concezione tecnologica; modifica del progetto di realizzazione di un oleodotto seminterato in zona paesaggisticamente protetta, mediante l'interramento integrale di quell'oleodotto e richiesta di valutazione tecnica ed ambientale del nuovo progetto).

In definitiva, può dirsi che di fronte all'emersione incontrollata degli interessi e al primato della politica, la Costituzione indirizza l'evoluzione dell'ordinamento giuridico verso la preferenza per una partecipazione popolare attiva e consapevole, e verso un severo controllo giurisdizionale del potere pubblico su istanza del portatore dell'interesse leso.

Ma, può dirsi anche, quella cennata è una chiara evoluzione che tende a far emergere finalmente anche nel nostro ordinamento istanze varie di neutralità nella funzione affidata ad organi amministrativi di nuova costituzione -tra i più recenti l'avvio della composizione dell'organo collegiale che valuterà la *performance*, dei dirigenti ministeriali anzitutto³, le proposte finanziarie della commissione nominata dal ministro di giustizia per la nuova mediazione e con lo scopo dell'istituzione dell'arbitro per le controversie-.

Non si può tacere che questo genere di evoluzione all'interno dell'organizzazione amministrativa è dovuto alla sempre minore efficacia e trasparenza della sua azione, che imporrebbe talora il ricorso continuo al giudice amministrativo.

2. Neutralità e imparzialità: una distinzione necessaria

Ed è opportuno, se questo è vero, per avviarsi ad un primo approfondimento della qualità giuridica dell'attività neutrale nell'esercizio della funzione amministrativa, considerare subito una distinzione concettuale di questa dall'imparzialità.

³ Si tratta del d.p.c.m. 2 dicembre 2016 (in G.U. n. 14 del 18.1.2017) che istituisce l'elenco nazionale dei componenti degli organismi indipendenti di valutazione della *performance* (OIV) presso amministrazioni, agenzie ed enti statali, anche ad ordinamento autonomo.

L'accesso all'elenco è, tuttavia, riservato a professionalità -pubbliche o private indifferentemente- sperimentate per cinque anni almeno «*nella misurazione e valutazione della performance organizzativa e individuale, nella pianificazione, nel controllo di gestione, nella programmazione finanziaria e di bilancio e nel risk management*» (art. 2).

Si tratta certamente di funzioni neutrali che richiedono esperienza e capacità di esaminare almeno non inferiore alla capacità e all'esperienza che si presume nei soggetti esaminati.

Ma è inevitabile il dubbio della scarsa distanza tra funzionari omologhi in tutto.

C'è, tuttavia, un'apertura abbastanza ampia per l'esperienza nella conduzione privata aziendale e ciò induce a concludere che la via intrapresa per ottenere con neutralità la valutazione voluta dalla norma di cui all'art. 14 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 105 -all'origine quale legge delegata dalla l. 4 marzo 2009, n. 15 dell'ultima (ennesima) vasta, ma lenta e dubitosa, campagna di «*ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico*»-, è probabilmente quella giusta.

Questa legge fa seguito al d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, recante «*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 legge 15 marzo 1997, n. 59*», che non aveva ottenuto risultati di rilievo, a quanto è dato desumere dal successivo, rinnovato intervento nella medesima materia.

Infatti è l'*imparzialità*, non certo la *neutralità*, ad aver meritato nel 1947 disciplina costituzionale all'art. 97, comma secondo (siamo nella parte seconda, titolo terzo: "Del Governo", sezione seconda: "La pubblica amministrazione"), dove non soltanto si esige che i pubblici uffici amministrativi siano organizzati secondo disposizioni di legge, ma, intende il costituente, che nel provvedere a questa fondamentale incombenza il Governo e prima ancora, per le linee generali più rilevanti, il legislatore che abbia "voluto" quei pubblici uffici operino «*in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*», quando questa entrerà in azione mediante i suoi organi ed uffici legittimamente ed opportunamente programmati nel numero, nelle competenze specifiche anche territoriali e nella qualità degli addetti⁴.

Dunque, imparzialità è indiscutibile valore costituzionale dell'attività amministrativa; proprio per questo motivo essa non compariva nella legge sul procedimento amministrativo, ma la l. 69/2009 l'ha introdotta tra i cinque criteri che reggono l'attività degli uffici dell'amministrazione: economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza.

È evidente che imparziale -cioè legata alla presenza non di una sola, ma di più "parti", tutte meritevoli della stessa qualificazione- deve essere l'azione specifica, la scelta, che caratterizza l'attività dell'organo amministrativo (del "pubblico ufficio"), la modalità mediante la quale questo, muovendo da un'istanza privata o dalla proposta di un altro organismo pubblico o ancora da una precedente propria convinzione in ordine alla necessità ovvero all'opportunità di realizzare uno specifico interesse pubblico, procede verso un fine preordinato.

Tale preordinazione, com'è noto, si deve alla norma attributiva del potere genericamente e negli aspetti essenziali e specifici, al risultato di una valutazione "da vicino"⁵ degli aspetti concreti dell'interesse meritevole di riconoscimento, promozione e tutela nella scelta discrezionale (nell'*an*, oppure nel *quid* o nel *quomodo*, infine nel *quando*) ampia o, assai più spesso, alquanto ristretta che è propria dell'amministrazione nello Stato contemporaneo.

Deve, dunque, individuarsi una *mission* specifica in ogni espressione di funzione pubblica regolata da norme proprie del diritto pubblico, dettate per garantire la produzione degli effetti economico-sociali di un'attività ben fondata e valida per qualsiasi cittadino o, indifferentemente, da norme di diritto comune, anzitutto europee, che, riferite alla pubblica amministrazione attiva, sempre perseguono un fine determinato.

⁴ Per una valutazione generale della rilevanza del principio di buon andamento come principio "presupposto" con i riflessi su altri principi dell'attività amministrativa, cfr. di recente F. DE LEONARDIS, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in Alb Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, IV, 4, p. 43-49 e *ivi* ampi richiami bibliografici sul tema.

⁵ Per pervenire al provvedimento è necessario *proxime videre*, essendo la veduta del legislatore pienamente condizionante, ma spesso incapace di regolare a dovere gli aspetti concreti dell'interesse individuato dalla norma.

Anche l'assunzione di un immobile in locazione, effettuata *jure privatorum* con lo stesso modulo giuridicamente corretto e disponibile per tutti i cittadini, realizza una finalità di pubblico interesse e richiede scelte comportamentali ispirate ad efficacia, economicità, efficienza, pubblicità, trasparenza, imparzialità e legalità per garantire un vantaggio a quei funzionari o concessionari, che potranno disporre di nuovi ambienti di lavoro, immediatamente utili per la loro attività di raggiungimento del fine, che è proprio di quei pubblici uffici dell'amministrazione.

L'esercizio di funzione amministrativa neutrale sembra, già da una prima analisi, costruito nell'ordinamento, viceversa, come avulso da qualunque diretta finalità riconducibile al comma secondo dell'art. 97, anche se spesso indirettamente corrispondente a compiti di benessere attribuiti ad organi della c.d. amministrazione attiva.

L'attività-funzione neutrale, infatti, appare utile, talora indispensabile, per l'attuazione qualitativamente migliore, informata e più efficiente da parte dell'organo amministrativo del programma finale che è stato affidato alla sua responsabilità di risultato: ed a quest'ultimo fornisce le conclusioni rilevanti delle sue ricerche su singoli accertamenti, senza escludere punto apprezzamenti tecnici, certazioni, misurazioni, giudizi "laici", ecc., che l'amministrazione attiva utilizza per meglio svolgere i suoi compiti.

La commissione giudicatrice del concorso pubblico -ad esempio- non ha una *mission* che svolga i suoi effetti all'interno della pianta organica, ma è portatrice di doveri di trasparenza nell'analizzare e valutare le prove scritte e pratiche dei candidati alla luce delle norme applicabili (legge, regolamento, bando di concorso) nel pieno anonimato, condizione che cederà soltanto durante le successive prove orali.

La "graduatoria" -o l'elencazione- finale esaurisce tutti i compiti di quella commissione: sarà, infatti, l'amministrazione che ne ha chiesto la prestazione, costituendola secondo legge, ad effettuare le scelte tra i candidati meritevoli di nomina, vincolate nell'*an* oppure discrezionali a seconda della disciplina del caso concreto, mai la commissione, organo neutrale rispetto a qualsiasi effetto finale di realizzazione di interessi mediante la produzione di effetti giuridico-economici "finali", così come prefigurati dall'ordinamento generale.

La funzione neutrale, nel suo rapporto con l'attività amministrativa attiva, sembra dunque meritevole di una riflessione specifica che, muovendo dalla preziosa ricostruzione concettuale degli ambiti giurisdizionale e legislativo, che si deve a Sandulli, ne esplori rinnovate caratterizzazioni sul piano concettuale ed applicazioni molteplici nel panorama variegato degli strumenti di esercizio di una funzione del tutto particolare.

Mentre licenziamo queste note è stato spedito dal ministro della giustizia al presidente del Consiglio dei ministri un progetto di regolamento scaturito dal lavoro di una Commissione di giuristi tecnici soprattutto del diritto civile da lui insediata.

Mediazione, arbitrato, volontaria giurisdizione, negoziazione assistita, *small claims* sono stati gli istituti di giustizia non giurisdizionale oggetto di riesame e riforma da parte della Commissione nella direzione dell'efficacia, anzitutto con la finalità di far luogo alla concreta istituzione di uno spazio sempre più ampio per la giustizia non giurisdizionale.

I casi di obbligatorietà della mediazione nel settore civile e commerciale dell'ordinamento generale, previsti dal d.lgs. 28/2010 s.m.i., aumentano notevolmente e l'attività conciliativa viene individuata *ratione loci* con un chiaro legame alla competenza territoriale del giudice competente per la ratifica-presa d'atto della mediazione riuscita o, al contrario, per il giudizio nel caso di mediazione fallita; *ratione temporis* si dispone di tre mesi, al termine dei quali il mediatore pronuncia la decadenza della procedura di mediazione se non conclusa nel merito.

Le parti, se -è raro- d'accordo, propongono, tramite il mediatore, un'omologazione presso il presidente del Tribunale competente per territorio, sempre su loro istanza congiunta.

Pregio della proposta della Commissione è la norma secondo cui "gli avvocati iscritti all'Albo sono di diritto mediatori". La norma-cardine proposta dalla Commissione incrementa, con le azioni relative a contratti di subfornitura, *franchising*, *leasing* mobiliare non finanziario, rapporti sociali inerenti le società di persone, i casi di mediazione obbligatoria, posti in alternativa ma sempre come condizione di procedibilità al procedimento di conciliazione di cui al d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 o alla mediazione bancaria (d.lgs. 1993, n. 385), che avrebbero efficacia fino al 21 settembre 2023.

È, inoltre, attivo l'arbitrato finanziario: dal 9 gennaio 2017 presso la Consob, autorità, non si dimentichi, (semi)indipendente, opera l'arbitro per le controversie finanziarie, organo collegiale retto da un regolamento del 4 maggio 2016, a sua volta previsto dal d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, aggiornato con l'inserimento nell'art. 2 originario dei co. 5-bis e 5-ter.

3. Piano dell'opera

Sono quelli da ultimo accennati alcuni esempi di funzione amministrativa tendenzialmente neutrale.

In una ricerca sulla funzione neutrale l'indagine non può che prendere le mosse dalla ricognizione dell'ambito della funzione amministrativa, esplorandone i suoi confini nel mercato, da una parte, e con il servizio pubblico, dall'altra; potere-amministrazione dotata di *mission* e funzione amministrativa neutrale potrebbero segnare i due confini per così dire estremi di tutta la ricerca.

Ma se ci si inoltra all'interno di quell'ambito s'incontra il rapporto tra il fenomeno della legificazione subita progressivamente nel tempo dalla discrezionalità amministrativa -fenomeno, infatti, presente da anni nel nostro diritto vivente- e la conseguente apertura al diritto comune dell'ordine giuridico della società:

la funzione amministrativa neutrale -potrebbe dirsi, al contrario- resta preziosa nella produzione di certezza, nell'affidabilità e nella sussidiarietà orizzontale, di cui soprattutto all'art. 118, comma quarto della Costituzione, dove s'impone una larga iniziativa delle istituzioni repubblicane nel favorire l'espletamento di attività private di interesse generale proposte da cittadini singoli o associati.

Scendendo ad esaminare la fattispecie concreta di titolarità in diritto positivo dell'esercizio di funzioni neutrali ci si imbatte in una pluralità di *figurae juris*; sulle più interessanti tra di esse -anche nel campo strettamente economico- ci si vorrà-dovrà soffermare per un'analisi della situazione particolare alla luce del tipo giuridico emergente di funzione amministrativa.

La nuova figura del mediatore, sull'esempio di una recentissima legge francese, ed alcune forme di ADR meriteranno una ricerca degli elementi della neutralità, ormai avviata anche nel nostro ordinamento, essendo la loro attività di complemento o alternativa a quella giurisdizionale.

Finalmente nella struttura dello Stato-economia si possono analizzare le funzioni neutrali, dalla Commissione censuaria centrale fino ai numerosi comitati e commissioni neutrali istituiti al suo interno dall'amministrazione dell'Unione europea.

Segue l'indagine sulle credenziali -scarse, come sembra di poter intravedere- offerte in tema di neutralità dell'azione e del suo scopo dalle autorità amministrative indipendenti, salvo che nell'esercizio della funzione giustiziale talora affidata ad alcune di esse dal legislatore.

La prova di maggiore contemporaneità-attualità della funzione neutrale nell'attività della pubblica amministrazione dovrà essere attinta nella considerazione del rapporto con la rete delle reti e con i nuovi diritti derivanti dall'occasione offerta per la conoscenza di ogni cittadino da Internet; ancora, dalla funzione amministrativa affidata al Governo dal cui esercizio, ispirato ai principi della neutralità (*net neutrality*) deve sortire una vera e propria diffusione capillare del servizio per tutti i cittadini, come accadde ai tempi della nazionalizzazione della produzione e della distribuzione dell'energia elettrica con l'istituzione dell'E.n.e.l. per appagare l'esigenza di energia avvertita dai residenti nella più umile casa di montagna o dai titolari di poderi agricoli fertili, ma lontani dalle linee elettriche delle società private concessionarie della produzione e distribuzione dell'energia, che, per questo unico motivo di "sconvenienza" imprenditoriale, non potevano provvedere alla lavorazione *in loco* dei prodotti.

Infine, è apparso necessario guardare più da vicino all'interno della funzione amministrativa giustiziale, che certamente è di per sé esemplare per l'esercizio di funzioni amministrative neutrali e che tuttavia presenta differenziazioni di notevole interesse: l'autotutela -ad esempio- non può essere scambiata per un'attività amministrativa neutrale priva di una sua *mission* finale specifica, perché, al contrario, è l'attività più intensamente tesa a ripristinare, nel caso concreto, il pubblico interesse, nella nuova interpretazione della stessa autorità, dunque forse la più lontana dall'area della neutralità.

CAPITOLO I

Funzioni neutrali e ambito della funzione amministrativa

Sommario: 1. *Disparità, uguaglianza e garanzie ut e ne*. 2. *Neutralità nel comportamento del soggetto pubblico e impresa pubblica nel mercato secondo l'ordinamento comunitario*. 3. *La neutralità economica dei trattati europei*. 4. *Funzione pubblica e servizio pubblico. Cenni critici su una distinzione necessaria*. 4.1. *Segue. La tradizionale contrapposizione della funzione amministrativa al servizio pubblico*. 5. *Il "servizio pubblico" nell'ordinamento UE*. 6. *Officium e funzione pubblica*. 7. *Alcuni spunti di riflessione su potere e funzione neutrale*. 8. *La netta prevalenza dell'amministrazione di scopo*.

1. *Disparità, uguaglianza e garanzie ut e ne*

I. Una ricerca sulla funzione amministrativa neutrale presuppone un certo grado di stabilità nella costruzione dottrinale della funzione amministrativa e degli aspetti che al suo interno possono distinguersi utilmente per meglio fondarne il contenuto concettuale.

Per soffermarci su alcuni di essi, dunque sui temi fra i più approfonditi in dottrina, può osservarsi che la funzione oggetto di attribuzione da parte dell'ordinamento all'organo amministrativo, che in concreto -se ne è diventato titolare- è anche tenuto al suo esercizio mediante provvedimenti o comportamenti, concreta in realtà la *conditio sine qua non* per l'affermazione della giurisdizione amministrativa nei confronti degli atti o comportamenti che per avventura vadano a ledere gli interessi protetti dei destinatari.

Si esclude -ormai comunemente- l'esercizio di funzione amministrativa nei casi di atto o di comportamento dell'organo di pubblica amministrazione che, pur caratterizzato apparentemente per la presenza a monte di un potere -amministrativo attribuitogli in astratto-, in realtà *non* si colleghi ad una situazione soggettiva costituita in capo a quello stesso organo da una norma di legge: non basta che un ente pubblico sia un soggetto amministrativo competente ad espropriare la proprietà privata se non ha ottenuto l'investitura per la singola, o per la serie, di espropriazioni dalla legge (che, ad es., approva una pianificazione di lavori pubblici per una gestione ferroviaria in concessione). In tal caso la giurisdizione per gli atti e i comportamenti

che abbiano leso situazioni soggettive di interesse protetto sarà quella del giudice ordinario¹.

In questa direzione può riconoscersi lo sviluppo delle pronunce della Corte costituzionale n. 204/2004 e n. 191/2006 che, pur in presenza di una competenza attribuita *ex lege* ad organi amministrativi, proprio sull'incompatibilità dell'attribuzione del potere alla pubblica amministrazione rispetto alle fattispecie per loro natura giuridica paritarie, nelle quali l'esercizio di un potere è inammissibile perché esse si affermano nel diritto comune, motiva l'esclusione dalla giurisdizione amministrativa di una serie di materie, anzitutto quelle connesse alla dinamica dei servizi pubblici, nelle quali il compito attribuito dall'ordinamento giuridico al soggetto pubblico gestore del servizio non implica punto esercizio di poteri unilaterali ma deve essere condotto -secondo i singoli ordinamenti di settore attinenti ai servizi pubblici- in termini di assoluta paritarietà nei confronti degli utenti attuali e potenziali del pubblico servizio.

Anche la normazione di cui alla l. n. 15/2005 sull'atto amministrativo e la sua impugnabilità in concreto è riconducibile alla tendenza dell'ordinamento a collocare con chiarezza sempre maggiore la funzione amministrativa, vista prevalentemente nella sua origine, al centro dell'ordinamento derivato e, nel contempo, il provvedimento come possibile successiva conseguenza, nei casi nume-

¹ Un esempio per tutti potrebbe riconoscersi nell'ipotesi di poteri commissariali conferiti dal Governo della Repubblica per l'emergenza ambientale, che implicano la derogabilità di norme indicate per settori dalla stessa legge o dall'ordinanza attributiva, esercitati dopo la scadenza del termine finale e della *prorogatio* di legge, con sopravvenuta «*carezza di potere*», situazione che osta alla sua esercitabilità: non sembra che la controversia nella quale si contesti in via pregiudiziale siffatta carezza debba farsi rientrare nella giurisdizione esclusiva prevista dal codice del processo amministrativo (art. 14, comma primo e 135, comma primo, lett.e) con competenza riservata al TAR del Lazio; essa deve passare piuttosto al vaglio del giudice ordinario, trattandosi di atti e comportamenti alle cui spalle è spenta la fonte dell'attribuzione di potere che, essendo straordinario, decade irrimediabilmente con la scadenza del termine previsto dalla norma attributiva -a differenza di quello ordinario attribuito dalla legge all'organo già competente o reso tale senza altre connotazioni (temporaneo, straordinario, provvisorio, ecc.)- o con il sopravvento della situazione oggettiva che aveva provocato l'attribuzione temporanea del potere. Tanto che soltanto una nuova iniziativa normativa potrebbe aprire un successivo episodio di diritto amministrativo dell'emergenza.

In questo caso si può anche osservare che si tratta di una funzione autoritativa perché nel suo esercizio il Commissario delegato dal Governo può sorpassare, se pur motivatamente, norme e tutele specifiche che facciano ostacolo all'attività di rientro dalla situazione di emergenza: finché il potere straordinario dura nel tempo preordinato, ne discenderanno provvedimenti unilaterali con il marchio di origine dell'autoritatività; ma alla scadenza della delega, la prosecuzione non consentita del suo esercizio, oltre a delineare la fattispecie dell'atto amministrativo privo di attribuzione, potrebbe integrare quella dell'usurpazione di funzioni pubbliche o di attribuzioni inerenti ad un pubblico impiego (art. 347 cod. pen.), soprattutto in ragione del carattere straordinario che presentava la cessata investitura.

rosi di provvedimenti restrittivi, dell'esercizio di un potere che "spetta" tuttora alle pubbliche amministrazioni e che deve definirsi autoritativo o, in senso più generale e pregnante, unilaterale, «ben s'intende non per diritto proprio: solo in quanto sia l'ordinamento generale ad averlo attribuito e riconosciuto loro»².

² Cfr. Alb. ROMANO, *Riflessioni dal convegno: autoritarità, consenso e ordinamento generale*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Atti del Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo (AIPDA), Bari, 30 settembre-1 ottobre 2011, Napoli, ESI 2012, p. 363 ss.

Secondo l'a.: «Davvero non si può dubitare che solo una norma di livello almeno legislativo ne possa costituire la base giuridica, ne possa definire l'ampiezza, specie rispetto ai contrapposti diritti individuali: al riguardo, non è certo passata invano la progressiva costruzione dello Stato di diritto, in Italia fondata con sicurezza sull'All. E della legislazione del 1865 e giunta ad avanzata maturazione già qualche decennio dopo; quindi, già mezzo secolo prima della Costituzione repubblicana. Su questa loro base legislativa, e nei limiti che questa pone loro, mi sembra che non si possa negare che tuttora l'ordinamento medesimo ammetta atti amministrativi "autoritativi"; e mi stupisco della tendenza secondo la quale questi suoi tratti siano stati lasciati anche solo in un cono d'ombra» (p. 367).

Ma, poco dopo: «sono proprio le amministrazioni, l'esercizio che facciano dei loro poteri, e l'esplicazione che compiano di attività di fatto ad aver perso non poco della loro imperatività. Tra l'altro, perché non molto è rimasto della loro autorevolezza: è sempre più contestata, infatti -tutt'altro che ingiustificatamente-, la loro legittimazione sostanziale, in termini di effettiva loro imparzialità, e di buon andamento ed efficienza della loro azione; e ciò, anzitutto nelle loro componenti elettive e, poi, anche burocratiche, per la dissennata gestione che dei rapporti di impiego una volta generalmente pubblici e soprattutto di quelli poi privatizzati, è stata fatta in questi decenni, tanto sul piano legislativo che su quello amministrativo e negoziale. E, quindi, la loro capacità di perseguire efficacemente gli interessi in esse soggettivati: gli interessi che siano realmente collettivi, e che lo siano genuinamente. Gli interessi la cui realizzazione costituisce la loro stessa ragione d'essere: quella che ne fonda l'istituzione e ne giustifica la sopravvivenza» (p. 368).

Un'osservazione, questa, che apre il tema generale del rapporto tra funzione amministrativa e gestione privata esercitata mediante concessione di un servizio d'interesse pubblico o del titolare di una iniziativa privata, sollecitato dall'ordinamento ad agire previa una mera comunicazione al soggetto pubblico competente in materia nel territorio (artt. 19 e 20 della l. 241/1990).

La pubblica amministrazione dovrebbe riuscire a prevenire e reprimere gli abusi, ma è frequente un diverso esito del suo intervento. In tal caso l'amministrazione si trova dinanzi ad un compito di mediazione tra l'interesse del terzo che sopporta le dannose conseguenze dell'iniziativa economica del suo vicino ex artt. 19 e 20, l. 241/1990 e quello dell'imprenditore autore di violazione delle norme in questione senza che il Comune sia intervenuto per fermare le attività e pretendere la riduzione in pristino. Ma, come l'esperienza comune dimostra, è assai ardua una conciliazione di contrapposti interessi, promossa dal soggetto che abbia dato causa alla lesione dell'interesse contrapposto a quello del privato iniziatore, con il suo comportamento omissivo o almeno inerte (come nel caso del Comune).

Quello dei rapporti giuridici tra privati è, viceversa, il mondo dell'uguaglianza, della parità tra le parti e deve essere anche quello del consenso, perché l'ordinamento appresta per ogni situazione soggettiva attiva in un rapporto giuridico regolato da norme di diritto comune la garanzia *ne*: la ricorribilità, cioè, al giudice ordinario per ripristinare la parità all'interno del singolo rapporto di diritto comune. Affinché -ad es.- il debitore inadempiente all'obbligazione *non ottenga*, in danno del creditore, effetti distorsivi della parità tra eguali, disfacendosi di beni immobili per ridurre o annullare la garanzia patrimoniale del credito che viceversa costituisce il presupposto della concreta realizzabilità della prestazione in favore del creditore, garantito.

Il sequestro preventivo, il pignoramento, l'iscrizione d'ipoteca immobiliare e tutto lo svolgimento del processo di esecuzione secondo le norme del codice di procedura civile quale seguito del giudizio di cognizione o quale applicazione del titolo esecutivo negoziale costituito dal debitore in favore del creditore, costituiscono la traduzione in concreto della garanzia della non alterazione della parità per le posizioni soggettive dei privati, la garanzia *ne*.

Al contrario, osserva la dottrina, «le relazioni tra amministrazioni e privati sono il mondo della disuguaglianza, della disparità. Gli interessi in gioco hanno diversa rilevanza giuridica. Quelli soggettivati nelle prime sono pubblici, collettivi, in ogni caso meta-individuali. Quelli propri dei secondi sono solo individuali. Ed è nella natura delle cose che l'ordinamento attribuisca alle amministrazioni medesime i poteri giuridici necessari per far prevalere gli interessi di cui demanda loro la cura, sugli altri. Cioè: che attribuisca loro poteri il cui esercizio si concreta in provvedimenti. Quindi: in atti i cui effetti incidono su situazioni giuridiche dei cittadini, senza e contro il loro consenso»³.

Si tratta, in termini cari a Berti, della garanzia positiva, della garanzia *ut*: nessun ufficio della pubblica amministrazione può legittimamente essere costituito e continuare ad operare se non garantisca alla comunità il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, in base alla norma di cui all'art. 97, 2° comma della Costituzione.

Con la finale precisazione di Benvenuti che «... per la profonda evoluzione che ha avuto l'ordinamento dalla metà dell'ottocento», è emersa poco dopo «l'aspirazione ad un diritto amministrativo paritario»⁴.

³ Così ancora Alb. ROMANO, *Riflessioni dal convegno: autoritarrietà, consenso e ordinamento generale*, cit., p. 375.

⁴ Cfr. F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Scritti in onore di Enrico Guicciardi*, Padova 1975, p. 807 ss.; Id., *Disegno dell'Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova 1986; cfr. in proposito almeno G. BERTI, *Il dedalo amministrativo e il diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena 1996, I, 283 ss. Si vedano, tuttavia le considerazioni critiche di B. SORDI, *Giuristi e legislatore. Ripercorrendo la genesi del procedimento*, in www.giustamm.it, n. 12/2015, il quale ritiene si tratti di “peccati veniali di astrattezza, nei confronti dei quali la prassi dimostrerà delle vere e proprie crisi di rigetto”.

E se lo stesso Alberto Romano ha ritenuto che se questo esito non possa dirsi raggiunto né raggiungibile in termini assoluti, tuttavia «è indubbio che l'ordinamento si sia mosso verso tale meta. E può darsi che quello che si è concretato sia stato non l'impossibile soppressione dei provvedimenti come atti unilaterali dell'amministrazione, ma quanto meno l'attenuazione della loro colorazione aggiuntiva come atti anche autoritativi». Del resto, «quel che rende i provvedimenti tali è la loro *unilateralità*, non anche necessariamente la loro *autoritarietà*»⁵.

2. Neutralità nel comportamento del soggetto pubblico e impresa pubblica nel mercato secondo l'ordinamento comunitario

Un secondo aspetto evolutivo, quello che più da vicino sembra presentare spunti interessanti relativamente ai termini di una ricerca sulla funzione neu-

⁵ Cfr. sulla prospettazione della teoria, anche di fronte alle posizioni espresse contro l'autoritarità dell'esercizio della funzione amministrativa da non pochi relatori italiani e stranieri nel Convegno di Bari 2011, Alb. ROMANO, *Riflessioni dal Convegno, cit.*, spec. p. 375-376. *Contra* F. TRIMARCHI BANFI, *L'atto autoritativo*, *ivi*, p. 9 ss. ove si legge che è proprio l'unilateralità un elemento distintivo dell'autoritarività e che dopo la riforma della legge 241/1990, contenuta nella legge n. 15 del 2005, la questione si ripropone in termini pressoché identici: "vi sono due specie di atti autoritativi nel senso odierno, nel senso cioè di atti che sono necessariamente unilaterali. Vi sono gli atti ai quali pensavano gli ispiratori della riforma, cioè gli atti che sono autoritativi nel senso che devono poter prescindere dal consenso del destinatario, ma vi sono anche gli atti che sono necessariamente autoritativi perché la *consensualità del precetto è tecnicamente impossibile o impraticabile*" (p. 20). Si veda anche la ricostruzione *ivi* offerta da B.G. MATTARELLA, *Atto autoritativo, funzione, procedimento*, p. 21 ss., il quale richiamando la giurisprudenza, rileva come "pochissime volte l'autoritarività è intesa, in senso restrittivo, come carattere dei soli provvedimenti sfavorevoli o per designare gli effetti obbligatori del provvedimento. Molto più spesso, essa designa qualità di tutti i provvedimenti, come l'unilateralità (per lo più in contrapposizione alle vicende negoziali), la mera idoneità a produrre effetti giuridici o, genericamente, la soggezione ad un regime pubblicistico" (p. 26).

In giurisprudenza si vedano le significative riflessioni di Cons. Stato, sez. IV, 15 gennaio 2016, in www.lexitalia.it, n. 1/2016, con nota di O. CARPARELLI, *Disponibilità formale del proprietario alla cessione bonaria: la P.A. è tenuta a stipulare?*, ove si rileva che "l'"incontro" e/o lo "scambio" tra determinazione dell'indennità di esproprio da parte della p.a., accettazione di essa a cura della proprietà e formale disponibilità del soggetto espropriato di addivenire alla cessione bonaria del bene, non sono elementi idonei a costituire fonte di obbligazione a contrarre per la pubblica amministrazione, non potendo tale fase del procedimento essere ancora iscritta in un quadro di rapporti paritetici tra espropriato ed espropriante, dal momento che, in tale segmento procedimentale, è prevalente la connotazione autoritativa e pubblicistica della funzione esercitata dall'amministrazione".

trale, è dato dall'influenza del diritto privato nei confronti dell'attività amministrativa, dipendente in prevalenza dalla sempre maggiore presenza dell'amministrazione nel mercato degli acquisti di opere, di forniture e di servizi⁶.

Va rilevato che è proprio in quest'ultimo settore, vasto e sempre più alimentato da innovazioni disciplinari rivenienti, ormai in misura pressoché esclusiva, dall'ordinamento dell'Unione europea, che, da un lato, l'amministrazione nell'approvvigionarsi di beni, opere e servizi incontra il contratto, dunque l'epifania del diritto comune e più in generale il diritto soggettivo paritario vantato dal privato; dall'altro, è tenuta a svolgere preventivamente un procedimento tipicamente amministrativo, per conseguire, mediante l'indizione e la successiva celebrazione di una gara pubblica l'offerta migliore, economicamente più conveniente, procedimento che, com'è naturale, si deve svolgere sotto il più penetrante controllo di tutti gli interessati, anzitutto le imprese in Europa, e che riceve in Italia la definizione di "fase dell'evidenza pubblica" che si deve a M. S. Giannini.

Ma è anche da osservare che se il fine ultimo e ad un tempo il programma minimo dello Stato banditore è circoscritto al suo tornaconto economico-sociale -che ovviamente è un tornaconto di interesse pubblico-, al contempo la stazione appaltante deve offrire garanzie di paritarietà di trattamento per tutti i concorrenti, ed è qui che l'evidenza pubblica vive nel relativo procedimento amministrativo che risponde a regole di comportamento e norme d'azione che restano ben distinte (meglio si direbbe ben lontane) da quelle che regolano l'autonomia privata.

È, infatti, in questo settore dominato dalle esigenze finanziarie, dove l'amministrazione pubblica è presente nell'economia con *holding* (ENI) ed imprese pubbliche (FF.SS.), con il dovere di proprietà di porti, aeroporti, autostrade, mercati all'ingrosso -mercati generali-, mattatoi, con i treni e gli autobus per il trasporto pubblico di persone e merci, ecc., che si afferma, anzitutto nel diritto comunitario, l'esigenza della *neutralità* rispetto alla gestione dell'ente nelle sue scelte, dell'impresa e della proprietà pubblica e della correlata sanzione

⁶ Sul punto, da ultimo, cfr. l'analisi di F. SAITTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: problemi aperti*, in www.lexitalia.it, n. 5/2016, nonché F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e internazionalizzazione*, in www.federalismi.it, n. 14/2016; M. P. CHITI, *Evoluzioni dell'economia e riassetto delle giurisdizioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 738; M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, *Relazione al 61° Convegno di Studi amministrativi ("La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione")*, 17-19 Settembre 2015, Villa Monastero, Varenna. Sulle conseguenze di questa pregnante influenza sulla tutela giurisdizionale, cfr., da ultimo, M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in www.federalismi.it, n. 15/2016; S. FOA', M. RICCIARDO CALDERARO, *Il partenariato tra università ed enti locali: strumenti pazzizi e modello fondazionale*, *ivi*, n. 4/2016.

dell'antigiuridicità di tutte le pratiche tendenti a trarre profitto dalla posizione da essa assunta nell'economia pubblica.

La norma di cui all'art. 345 del TFUE promette l'assoluta neutralità della disciplina contenuta nei trattati dell'Unione europea rispetto al «regime di proprietà esistente negli Stati membri», che si intende senz'altro esteso alla proprietà delle imprese.

Nel diritto della concorrenza, infatti, «la nozione di impresa comprende qualsiasi entità che esercita attività economiche, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle modalità del suo finanziamento. L'art. 87 CE -oggi art. 107 TFUE-, nel disciplinare il divieto degli aiuti di Stato, abbraccia l'insieme delle imprese, pubbliche o private, e l'insieme delle produzioni delle dette imprese, sotto l'unica riserva dell'art. 86, n. 2, CE»⁷. Dunque -art. 106, 2° co. del TFUE-, «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati e, in particolare, alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, alla specificità della missione loro affidata».

L'unico limite invalicabile in un organismo complesso come l'UE è contenuto nell'ultimo periodo, dove si afferma il primato dell'equilibrato sviluppo degli scambi che comunque non deve subire compromissioni conseguenti alle attività di gestione delle imprese pubbliche o private incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale; almeno non in *misura* contraria all'interesse allo sviluppo degli scambi nell'UE⁸.

Può forse scorgersi in questa scelta concettuale, versata come di consueto in politica economica dall'ordinamento comunitario, un momento di accresciuta consapevolezza delle difficoltà che s'incontrano nel pretendere che un meccanismo esteso e complesso, concepito e realizzato per ottenere buon andamento e imparzialità con azioni sempre più «attive», produca anche momenti di esercizio di neutralità, nel caso di specie consistenti nell'astensione

⁷ Cfr. Tribunale di I grado, sez. VIII, 24 marzo 2011 (T443/08 e T455/08). Cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013 per il quale, appunto, la nozione di impresa «abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica consistente nell'offerta di beni o servizi sul mercato, indipendentemente dallo statuto giuridico e dalle modalità di finanziamento, o dalla sussistenza o meno del fine di lucro». Cfr. inoltre Corte di giustizia UE, sez. IV, sentenza 12 dicembre 2013, causa C 327/12; infine, viene richiamata la stessa nozione da Cons. Stato, sez. III, 15 gennaio 2016, n. 116, relativa alla partecipazione ad una gara d'appalto da parte di un'associazione di volontariato.

⁸ Su ciò cfr. P. LAZZARA, *La pubblica Amministrazione come imprenditore privato*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, cit., p. 337-352; G. D. COMPORTI, *La sfida delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *federalismi.it*, n.6/2015. Si vedano anche i contributi contenuti in C.E. Gallo (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino 2014.

da ogni ingerenza attiva in settori determinati dell'ordinamento, come quello delle attività riconoscibili come lecite per l'impresa pubblica.

Un valore di preminente rilievo, quello dell'effettività della concorrenza per il mercato e nel mercato, deve essere tutelato ad ogni costo, senza alcuna concessione ad un eventuale diverso trattamento in favore del soggetto portatore di interessi pubblici anche nell'economia come, appunto, lo Stato e gli enti pubblici.

Questi svolgono, dunque, funzioni amministrative neutrali quando l'impresa pubblica oggetto del loro dominio operi, come le è certamente consentito, nel mercato concorrenziale per ottenere la conclusione di un contratto di fornitura, di servizio, di opera pubblica, ecc.: non soltanto non potendo influenzare la fattispecie in ordine alla necessità della gara pubblica, ma dovendo astenersi da qualsiasi forma di aiuto o influenza e comportarsi come qualsiasi imprenditore privato si comporterebbe in quella circostanza⁹.

3. La neutralità economica dei trattati europei

Quando si fa riferimento alla caratteristica della *neutralità* a proposito della formazione di trattati della CEE, successivamente dell'UE, a contenuto complesso o, almeno, plurimo si intende aprire la strada, proprio perché in favore di uno strumento *neutrale*, ad interventi europei nell'economia spiegati anche per l'attuazione delle quattro libertà fondamentali, sviluppando iniziative di partenariato o limitandosi a fungere da stimolo del mercato e dell'Unione europea, cioè alla regolazione di aspetti prevalentemente economici interessanti gli Stati membri e agli interventi a carattere sociale o di sicurezza o protezione del territorio.

Del resto, la costruzione, non facile, di un mercato autenticamente unito, sostegno del tenore di vita e della stabilità della moneta europea, ecc., non potrebbe prescindere dalla neutralità economica: essa funge da metodo anche interpretativo dei trattati e da base per l'attuazione del principio di solidarietà europea, con i risultati tangibili della politica di sviluppo regionale e di coesione economica e sociale.

Ulteriore applicazione della neutralità economica si verifica se un'eccessiva *deregulation* di un mercato interno renda necessaria una compensazione a livello dell'Unione, mediante un periodo di *regulation* che potrebbe indurre, sia pur temporaneamente, aspetti autoritativi propri del diritto pubblico in fenomeni economici che devono restare neutrali.

⁹ Si vedano, sulle sovvenzioni e sugli aiuti di Stato, da ultimo, le riflessioni di A. CIOFFI, *La predeterminazione dei criteri nelle concessioni di vantaggi economici* (art. 12, l. 241 del 1990 s.m.i.), in Alb. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016, p. 429 - 435. In giurisprudenza cfr. Corte di giustizia, sez. VI, 30 giugno 2016, C- 270/15; Id., sez. IV; 3 settembre 2015, C-89/14 e Trib. I grado, sez. V, 26 novembre 2015, T- 541/13.

La neutralità economica non è certo fonte di confusione concettuale o terminologica: l'accordo è neutro dal punto di osservazione dell'economia, in quanto giova in pari misura a tutti gli Stati membri, a taluni tra essi offrendo certezze di aver ottenuto un risultato congruo, ad altri suggerendo implicitamente di innovare con scelte urgenti in settori economici rilevanti, oppure offrendo informazioni e suggerimenti "ufficiali", utili a fronteggiare meglio le eventuali avversità del mercato, ed altro.

La neutralità dei trattati può forse definirsi, dunque, come un fenomeno esclusivo di un organismo politico-economico come l'Unione europea, ma di certo non del tutto diverso da tutti quei trattati internazionali che, a differenza delle leggi, sono fonti di normazioni non invasive della sovranità statale, anzi sulla stabilità dello Stato contraente fanno affidamento per procedere nella propria azione unitaria neutrale per tutti.

Così, ad esempio, la normativa dei trattati europei, nello statuire il principio della neutralità rispetto agli assetti proprietari delle imprese, resta su un piano neutro rispetto alla disciplina statale della prestazione dei servizi d'interesse generale, non entrando nel merito della questione se le imprese responsabili debbano avere natura pubblica o privata, né imponendo la privatizzazione delle imprese pubbliche¹⁰ o incaricate della gestione di servizi pubblici: caratterizzandosi, al contrario, per il principio di neutralità rispetto al regime pubblico o pri-

¹⁰ Come ha chiarito la Consulta negli arresti n. 24 del 2011 e n. 325 del 2010, ove si ritiene che trovi applicazione il principio della *preemption*, per il quale l'effetto preclusivo nei confronti della legislazione nazionale difforme dalla normativa comunitaria è quello di vietare norme statuali più rigide o più permissive. Cfr. A. ARENA, *The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between Sein and Sollen*, in *Jean Monnet Working Papers*, n. 3/2010. Si vedano anche le considerazioni svolte da F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e internazionalizzazione*, cit., il quale sottolinea come sia immediatamente evidente l'intento del legislatore di trattare con netto sfavore l'affidamento *in house* nella gestione dei servizi pubblici locali, in virtù del richiamo alla normativa europea, incidendo, per questa via, non sul regime proprietario o sulla natura giuridica dell'impresa, bensì, più correttamente, sul modello di gestione e sul metodo di affidamento del servizio. Si veda, infatti, la norma di cui all'art. 7, 3° co. dello schema di d.lgs. contenente il "Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale" ove si impone un aggravamento della motivazione del provvedimento di affidamento che giustifichi quest'ultimo, dando specificamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e, in particolare, del fatto che non sia svantaggiosa per i cittadini, nonché dei benefici arrecati alla collettività attraverso la forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

La formulazione della norma, peraltro, è stata oggetto di critica da parte della Commissione speciale del Consiglio di Stato, nel parere del 3 maggio 2016, n. 1075, ritenendo che la norma rimetta "ai singoli enti locali valutazioni molto complesse in ordine alla presenza di situazioni contrarie al ricorso al mercato, che potrebbero non essere adeguatamente dimensionate in relazione alle professionalità a disposizione degli enti locali minori".

vato della proprietà (art. 345 TFUE), le norme dei trattati trovano applicazione indipendentemente dal regime di proprietà pubblica o privata di un'impresa¹¹.

Se ci si chiede perché, anziché riferirsi alla sola neutralità economica, si possa intendere il fenomeno anche nel senso dell'imparzialità dell'attività dell'Unione nei confronti dei vari Stati, la risposta sarebbe agevole: *imparzialità* presuppone un soggetto agente, distaccato dai destinatari della sua azione, che tratta tutti questi ultimi con la stessa misura, viceversa, *neutralità* è qualità propria dell'azione sviluppata all'interno dello stesso organismo, priva di scopi differenziati e particolari, utile ma non esigibile da alcuno dei componenti dell'organismo, poiché l'impronta dell'attività neutrale, nei pubblici come nei privati rapporti, non è quella stessa dell'efficacia dell'azione, tale efficacia sprigionandosi direttamente dall'ordinamento, ma quella dell'assenza di un territorio di conquista da invadere, dunque di una propria *mission* da svolgere provocando, modificando o estinguendo effetti giuridici direttamente suscitati dalla propria attività di amministrazione attiva.

Si tratta di prime, ma rilevanti, immagini della *neutralità*, categoria giuridica assai più vasta, a quanto sembra a tutta prima, di ciò che si ritiene comunemente, tanto da caratterizzare -può forse dirsi- una precisa *funzione* amministrativa che sta tra il servizio pubblico ed il regolamento amministrativo, senza partecipare né dell'una né dell'altra realtà: del servizio pubblico perché si tratta di altro rispetto al servizio, si esercita infatti una vera e propria funzione pubblica di tipo accertativo o certificativo, ecc., del regolamento in quanto questo estende la sua applicazione oltre il caso concreto, mentre l'esercizio della funzione neutrale è correlata a casi tipicizzati.

4. Funzione pubblica e servizio pubblico. Cenni critici su una distinzione necessaria

L'organizzazione e la prestazione diretta o, indifferentemente, indiretta -cioè affidata ad un'impresa o, quanto ai servizi sociali, assunta da chiun-

¹¹ Così A. LUCARELLI, *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Torino 2015, p. 42. Appare evidente, peraltro, leggendo il protocollo 26 allegato al trattato di Lisbona che il principio di neutralità gode di ottima salute, allorché ci si soffermi sui pochi valori/regole relativi all'erogazione dei servizi di interesse economico generale: anzitutto l'affermazione di un ruolo essenziale, nonché un ampio potere discrezionale delle autorità degli Stati membri di fornire, commissionare e organizzare i servizi il più possibile vicino alle esigenze degli utenti; quindi la garanzia della differenziazione dei servizi in base alle esigenze e preferenze degli utenti, diverse in ragione delle situazioni geografiche, sociali e culturali; l'assicurazione di un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità, infine della parità di trattamento e promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente. Si veda inoltre M. MIDIRI, S. ANTONIAZZI (a cura di), *Servizi pubblici locali e regolazione*, Napoli 2015; L. LONGHI, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino 2015.

que- di servizi sempre più complessi e numerosi in favore dei cittadini costituisce ormai un'attività dell'amministrazione pubblica soggetta ad evoluzione nei contenuti, sin dal primo avvento dello Stato pluriclasse, ben più rapida di quella che può osservarsi a proposito dell'attività tipica espletata dalla stessa amministrazione mediante esercizio di poteri pubblici: può anzi dirsi che la tendenza dello Stato di diritto evoluto nello Stato sociale a muovere sue organizzazioni a sostegno di cittadini in difficoltà rilevante e ad appagare bisogni crescenti a misura dello stesso processo di civiltà si è dimostrata inarrestabile¹².

La Carta costituzionale, scritta da rappresentanti autentici di un popolo ferito e smarrito dinanzi all'atrocità ed alla *vis destruens* della guerra, contiene una disciplina generale dei rapporti etico-sociali che sembra esprimere il

¹² Cfr. Alb. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Atti del XXX Convegno di Varenna, Milano, 1987, 201 ss.

Di recente, sull'evoluzione/involuzione di questa tendenza, in ragione della crisi economica, nella prospettiva europea nonché con specifico riferimento ad alcuni soggetti particolarmente bisognosi del sostegno dei presidi pubblici, cfr. A. LO GIUDICE, *L'Europa sociale come risposta alla crisi di legittimazione dell'Unione europea*, in www.federalismi.it, n.13/2016; A. CIANCIO, *Verso un "pilastro europeo" dei diritti sociali*, *ivi*, 22 giugno 2016; F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento*, Torino 2016; D. INNERARITY, *La promessa europea*, in www.lexitalia.it, 22 giugno 2016; G. M. CARUSO, *Diritti sociali, risorse e istituzioni: automatismi economici e determinismo politico di un sistema complesso*, *ivi*, 24 febbraio 2016; R. BIN, *Rule of law e ideologie*, in G. Pino (a cura di), *Scienza giuridica e "Rule of law"*, Bologna 2016; L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in Costituzionalismo.it, n. 3/2015; A. CANTARO, *Il superamento della multilevel theory nei rapporti tra l'Europa, gli Stati membri e i livelli di governo substatale*, in S. Mangiameli (a cura di), *Governance europea tra Lisbona e fiscal compact*, Milano 2016; L. DE LUCA, *"Pastorato" e "disciplinamento" nella governance economica europea. Diritto e razionalità economica a seguito della crisi*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2015, p. 867 ss; F. GIUFFRÈ, *Verso la "terza Repubblica": il lascito del Presidente Napolitano e le prospettive della presidenza Mattarella*, in www.lexitalia.it, 4 febbraio 2015; A. CANDIDO, *Linee guida per una riforma della non autosufficienza: vincoli costituzionali e modelli di tutela*, *ivi*, 2 settembre 2015; F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sulla dimensione funzionale dei doveri pubblici*, *ivi*, 1 luglio 2015; F. CAPALBO, *Il diritto amministrativo nei tempi della crisi finanziaria*, in www.lexitalia.it, n. 2/2015; M. IMMORDINO, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti sociali degli immigrati*, in www.giustamm.it, n. 19/2014; E. Cavasino, G. Scala, G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, Napoli 2013; M. BENVENUTI, *Ancora su diritto europeo e (smantellamento dello) Stato sociale: un accostamento par inadvertance?*, in *Nomos*, n. 1/2013; infine si vedano i contributi di M. CAMMELLI, *Presentazione*; C. BOTTARI, *Dai servizi sanitari ai servizi socio assistenziali*; G. FRANCHI SCARSELLI, *Terzo settore e servizi socio sanitari*; G. PIERATA, *Intervento pubblico, concorrenza e integrazione nel sistema delle prestazioni sanitarie e sociali*, tutti in C. Bottari (a cura di), *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Torino 2013.

vigore della spinta alla rinascita, l'invito motivato dei costituenti alla fiducia nell'impegno configurato per la Repubblica a *servire* il popolo: il riconoscimento della famiglia con i suoi diritti incompressibili, derivanti da un matrimonio «ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi», con il dovere-diritto del mantenimento, dell'istruzione e dell'educazione dei figli e con un servizio pubblico sostitutivo per questi ultimi nel caso di incapacità dei genitori e di indisponibilità della funzione privata del tutore; le misure economiche e le altre provvidenze (ancora servizi "provvidenziali"); la formazione ed il "funzionamento" sociale della famiglia. La Repubblica è la protettrice della maternità, dell'infanzia e della gioventù (servizi sociali) ed il *favor* per la costituzione di "appositi istituti" sottintende l'impegno a sovvenire alle necessità dei destinatari individuati (legislazione sulla maternità -intrisa di *favor* per i protagonisti-, ma soprattutto infrastrutturazione delle città con asili nido, scuole materne, sport scolastico, turismo culturale scolastico, ecc.; aggiornamento di programmi scolastici con lo studio anticipato delle lingue e dell'uso della telematica, ecc.); la tutela, com'è noto a doppio titolo, della salute e la garanzia di gratuità per gli indigenti; il divieto («*in nessun caso*») per il legislatore ordinario «di violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»; la libertà di arte e di scienza e del loro insegnamento, anche a cura di «enti e privati» che hanno il «diritto di istituire scuole e istituti senza oneri per lo Stato», le Università libere e finalmente il principio del *merito* (il servizio dell'istruzione nazionale è a disposizione, fino ai «gradi più alti degli studi», a favore dei «capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi», che l'art. 34 dota di un "diritto", tradotto al comma successivo con l'obbligo della Repubblica di renderlo effettivo «con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze che devono essere attribuite per concorso»).

Spuntano nell'art. 43 i «servizi pubblici essenziali», considerati in alternativa «fonti di energia o situazioni di monopolio che abbiano carattere di preminente interesse generale». Si tratta dell'attività di imprese o categorie di imprese private che, a fini di utilità generale, la legge può sottoporre a riserva originaria o trasferire mediante espropriazione salvo indennizzo allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti.

Intorno alla qualificazione di «servizio pubblico essenziale» si è aperta l'ennesima disputa in dottrina.

Esso, va osservato, viene individuato oggettivamente nella Costituzione con il metodo dell'assimilazione e dell'equivalenza rispetto a fattispecie in parte diverse, tuttavia anch'esse caratterizzate e accomunate alla prima, quella da definire.

Sono cioè sottoposti allo stesso trattamento giuridico della riserva originaria alla mano pubblica tanto le fonti di energia, che non hanno bisogno di specificazione o qualificazione data l'estrema rilevanza che esse rivestono nel preminente "interesse generale" di cui alla conclusione dell'art. 43 Cost. (le acque fluviali per l'energia idroelettrica, le cascate, il petrolio dei motori diesel delle centrali termoelettriche, l'atomo per le eventuali centrali di

produzione dell'energia nucleare, i giacimenti di gas subacquei e sotterranei, ecc.), quanto, e ben più ampiamente, le situazioni di monopolio che abbiano lo stesso carattere di preminente interesse generale, dunque i vari monopoli di servizi industriali pubblici in senso oggettivo, come sono stati a lungo (e talora continuano ad essere) quello della telefonia fissa, delle produzioni chimiche (ENI), del sale e dei tabacchi, o nel privato le ferrovie in concessione in zone determinate del Paese, i trasporti in generale¹³.

Tutte queste fattispecie sono contemplate nella norma di cui all'art. 43 Cost., che prevede o la riserva originaria dei beni e/o delle attività o, con pari grado di autoritatività, l'espropriazione per pubblica utilità salvo indennizzo.

Sulla forza sprigionata dalla norma di cui all'art. 43 Pototschnig ha, com'è noto, posto le fondamenta della sua teoria oggettiva dei pubblici servizi¹⁴.

Infatti, ritiene l'a. che la norma non definisca la figura del servizio pubblico né lasci intravedere taluni profili del tutto innovativi ed antitetici rispetto ai risultati raggiunti dalla dottrina tradizionale; il più rilevante dei quali profili è costituito dal fatto che la Costituzione individui, come possibile oggetto di riserva originaria o di trasferimento a fini di utilità generale, "imprese o categorie di imprese, che si riferiscono a servizi pubblici essenziali", richiamo che indurrebbe ad ammettere l'esistenza anche di servizi pubblici essenziali espliciti da imprese non (ancora) riservate e non trasferite in mano pubblica, potendo inoltre tali imprese continuare ad essere gestite legittimamente da soggetti privati. In sostanza, la tesi dei servizi pubblici in senso oggettivo si basa sulla circostanza per la quale, ai sensi dell'art. 43 Cost., essi sarebbero tali anche prima della riserva e trasferimento dell'impresa.

Commenta a questo punto la dottrina successiva nel senso che la raffinata ricostruzione di Pototschnig nega anzitutto che per aversi servizio pubblico sia necessaria la relativa gestione da parte dello Stato o di altro ente pubblico, come invece affermava la teoria c.d. soggettiva nella sua formulazione più antica ed elementare. Inoltre ed in particolare, la concezione oggettiva, della quale si tratta, implica che un servizio pubblico (essenziale e, a maggior ragione, non essenziale) può essere esercitato anche da un'impresa privata senza uno specifico conferimento da parte dell'amministrazione pubblica (senza dunque alcun collegamento istituzionale con essa), ogni qual volta sussistano le particolari condizioni prefigurate dall'art. 41, co. 3, Cost.; questa nozione si definisce, appunto, oggettiva perché in essa perde valore la natura della figura soggettiva che

¹³ Non certo dell'industria del Bergamotto, distillato profumato prodotto in situazione di monopolio "inoffensivo" nell'Aspromonte e nella Calabria tirrenica, monopolio naturale di carattere, dunque, soltanto locale e non riproducibile al di fuori delle colture agricole specializzate originarie, ben lontano dall'interesse generale preminente.

¹⁴ Cfr. U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, secondo il quale «non ogni attività dello Stato o di un ente pubblico la quale non sia pubblica funzione costituisce necessariamente un pubblico servizio»; cfr. inoltre Id., *Poteri pubblici e attività produttive*, in *Dir. econ.*, 1990.

espleta o che predispone il servizio. Si tratta di una concezione che rinviene il servizio pubblico nell'attività economica pubblica o privata sottoposta dalla legge a "programmi e controlli idonei ad indirizzarla e coordinarla a fini sociali"¹⁵.

Almeno i controlli sono accettati dalla dottrina, mentre in ordine ai programmi vi sono tuttora forti resistenze concettuali ad ammetterne la compatibilità con il principio di libertà dell'iniziativa economica di cui al comma primo dell'art. 41.

La soggettività nel servizio pubblico rileva, tuttavia, nel momento decisivo della sua istituzione ed in quello della sua organizzazione, anche se sommarariamente delineata, comunque non modificabile se non dalla stessa autorità che l'ha prevista in diritto positivo.

Giammai in pieno contrasto, come rileva Caia a proposito delle due nozioni, quella oggettiva si estende ai controlli ed ai programmi di cui all'art. 41, co. 3 (virtualmente privati di significato da parte dell'ordinamento dell'Unione europea proprio in materia di attività economica e della sua libertà sostanziale, salvi i limiti di legge penale di tutela della salute, dell'ambiente e del paesaggio); e quella soggettiva considera il servizio prestato in favore dei cittadini in senso dinamico, in quanto prestazione di attività che rientrano tra i compiti assegnati alla pubblica amministrazione con legge o con deliberazione amministrativa generale¹⁶.

¹⁵ Anche Miele, originariamente favorevole alla tesi della residualità del pubblico servizio (cfr. G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, 135 ss.), ha successivamente, come osserva Caia (G. CAIA, *I servizi pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 148, nota n. 27), «precisato il proprio pensiero» in G. MIELE, *Funzione pubblica*, voce in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, 687, nel senso che il pubblico servizio sarebbe da riconoscersi quando «le attività relative sono ordinate direttamente alla prestazione di utilità, non già all'esercizio di un potere pubblico pubblicistico».

¹⁶ Cfr. la preziosa puntualizzazione di G. CAIA, *I servizi pubblici*, cit., p. 152-153 sul punto: «Anche se si preferisce non aderire *in toto* alla tesi oggettiva, si devono comunque considerare ed individuare gli elementi definatori del servizio pubblico, perché le concezioni che si muovono sul piano soggettivo ma che si accontentano di spiegazioni meramente nominalistiche o residuali (rispetto alla funzione pubblica amministrativa) sono ancor meno appaganti. ... Gli elementi definatori del servizio pubblico sono delineati, ad esempio, nell'art. 112, co. 1 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 ("Gli enti locali ... provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali"); questa norma, nell'esprimere il dato finalistico del servizio pubblico, evidenzia presupposti oggettivi (non astratti) cui l'ente pubblico si deve rifare nella scelta di istituzione ed organizzazione del servizio, di volta in volta, in questione. Comunque ... è necessario che tali elementi definatori siano pur sempre inquadrati e considerati con riferimento al momento giuridico della scelta di istituire il servizio (e di come organizzarlo)".

Circa la sostanziale non soddisfattività della nozione oggettiva del servizio pubblico, si può aggiungere una breve notazione in punto di ricaduta pratica: «Si può osservare come una concezione esclusivamente oggettiva del servizio pubblico può

La posizione della giurisprudenza amministrativa sui requisiti del servizio pubblico esclude la necessità della gestione da parte di un soggetto pubblico come gestore del servizio d'interesse generale, non trascurando, tuttavia, le più rilevanti condizioni di pubblicità elaborate da tempo in dottrina, in particolare «la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'amministrazione. Oltre alla natura pubblica delle regole che presidono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di una definizione oggettiva della nozione, che le suddette attività presentino un carattere economico e produttivo e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti o comunque di terzi beneficiari. Né la circostanza, che per le attività *de quibus* non sia prevista l'erogazione di un corrispettivo da parte dei beneficiari, è idonea a inficiare i riferiti connotati dell'attività quale attività di servizio pubblico, in quanto ... la previsione di un corrispettivo non è essenziale sul piano della qualificazione giuridica delle attività di servizio pubblico»¹⁷.

È vero, dunque, che “servizio pubblico” è «un'espressione priva di valore giuridico esatto, mutuata dalla scienza economica»¹⁸ e che il concetto di servizio

far correre il rischio di non cogliere le evoluzioni socio-economiche della realtà, che fanno emergere nuovi bisogni di prestazioni nei cittadini o che impongono, talora, la ridefinizione dei compiti di benessere in precedenza assunti da parte dell'Amministrazione pubblica.

Si ricordi, in merito, quanto segnalavano, acutamente, i primi commentatori della legge Giolitti del 1903 sulla municipalizzazione: il concetto di servizio pubblico “mu-terà in relazione con le diverse fasi della coscienza pubblica e con le diverse dottrine economiche, politiche e sociali”».

¹⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2012, n. 2021.

¹⁸ F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, IV ed., Padova, 1959; Ora in *Scritti giuridici, L'azione amministrativa mediante i servizi*, Vol. I, Milano 2006 p. 569.

Ma cfr. prima ancora Alessi, che, tra i primi, prende le distanze dal *service public* di L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris 1921, spec. 33, secondo il quale ogni attività il compimento della quale è essenziale per la «realizzazione e lo sviluppo dell'indipendenza sociale e la cui natura è tale che non può essere assicurata completamente che dall'intervento della forza governante» inoltre rilevando l'eccessiva ampiezza della nozione in tal modo delineata, tale da far «coincidere, praticamente, la produzione di servizi pubblici con l'intera attività amministrativa», nozione mediante la quale si tenta inoltre di attribuire valore giuridico ad un'espressione formatasi «nel campo della scienza economica e finanziaria, la quale intende i servizi pubblici in modo del tutto generico, vale a dire ogni forma di attività di un ente pubblico diretta a soddisfare bisogni pubblici» (cfr. R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956, p. 2 e *passim*).

Come osserva G. CAIA, *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2005, il vero problema è quello di distinguere l'esercizio di un servizio pubblico da quello di una funzione pubblica.

pubblico comprende una quantità di istituti e rapporti profondamente diversi, ma siffatta osservazione critica non può andare oltre la segnalazione di una difficoltà, che potrebbe definirsi endemica, di definire all'interno di un unico concetto le forme assai varie di organizzazioni pubbliche, private e miste che si occupano di bisogni determinati espressi da gruppi o da tutti i componenti di una comunità, allo scopo di assicurare benessere in condizioni di diritto comune, almeno dopo l'instaurazione e l'organizzazione del servizio da parte dell'ente pubblico.

Del resto, il testo (riformato dalla l.c. 3/2001) dell'art. 118, ult. co., della Costituzione apre le porte all'iniziativa privata per ogni tipo di servizio utile nell'interesse generale, individuando anche, in capo agli enti territoriali, il compito di favorire ogni iniziativa in tal senso avviata da chiunque.

Quando questa norma acquisterà una maggiore incidenza nell'esperienza comune (oggi c'è frequenza d'intervento soltanto in alcuni servizi sociali), la condizione dell'interesse generale potrà agevolmente riconoscersi in una serie assai notevole di casi, rendendosi in tal modo sempre più evidente la necessità di ricondurre tipologie diverse di attività svolte nell'interesse generale non soltanto a principi di rango costituzionale, ma anche ad un unico regime giuridico generale; a norme positive comuni che presuppongono il ricorso ad una definizione la più ampia possibile della realtà da qualificare, anche se la necessità di definire è meramente pratica e se la definizione, utile e "propria" per le scienze economiche, appare chiaramente ben poco precisa nello scrutinio giuridico tra le varie specie di attività individuabili progressivamente nell'intensificarsi delle attività e delle iniziative innovative, ad esempio del terzo settore, svolte nell'interesse generale¹⁹.

4.1 Segue. La tradizionale contrapposizione della funzione amministrativa al servizio pubblico

Vero è che il concetto di funzione amministrativa si contrappone tradizionalmente a quello di pubblico servizio: la tradizione si deve anche ad un contributo di diritto positivo e, congiuntamente, della giurisprudenza penale sul punto della delicata distinzione tra *Tatbestand* contenuti negli artt. 357, che riguarda una pubblica funzione («Agli effetti della legge penale sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa»), nonché -al secondo comma- «Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi») e 358 c.p., che allude ad un servizio pubblico («sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio», per il quale deve intendersi, comma secondo, «un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello

¹⁹ Si vedano in proposito i riferimenti bibliografici riportati *supra*, nota 12.

svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale»): entrambi sono ricompresi nel libro secondo “Dei delitti in particolare”, titolo secondo “Dei delitti contro la pubblica amministrazione”, capo secondo “Dei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione”.

Slegata ormai dall'autoritatività proprio per il taglio netto che l'art. 4 della legge di riforma del codice (l. 7 febbraio 1992, n. 181) compie nei confronti del legame funzione pubblica-poteri autoritativi, mediante l'evidenziazione aggiuntiva, all'interno della «pubblica funzione amministrativa», della fattispecie dei «poteri certificativi», in altri termini di una funzione amministrativa del tutto priva di vero e proprio potere e subito definibile come classicamente *neutrale*, strettamente necessaria a favorire l'affermarsi delle regole della convivenza, in particolare nell'economia della produzione ed in quella dello scambio, la funzione amministrativa presenta una precisa caratteristica che può definirsi in termini di poliedricità.

Si tratta nel nostro caso di una funzione priva di discrezionalità, anzi di un tipo particolare di funzione che presuppone non necessariamente accertamenti, ma che consegue anzitutto a vere e proprie certazioni dopo il compimento di operazioni materiali preliminari e logicamente antecedenti all'esercizio dei “poteri certificativi” (iscrizione del nuovo nato nel registro di stato civile, dello studente nel dipartimento universitario richiesto, prelevamento in contraddittorio del campione del prodotto da sottoporre all'analisi prescritta per legge, misurazione meccanica della tenuta del motore, dei freni e delle gomme nella revisione degli autoveicoli).

Il “certificato” che deriverà dall'attività materiale spiegata non è, dunque, frutto di un accertamento, bensì di una certazione (nei primi due casi) e di accertamenti, cioè di passaggi dall'ignoto al noto (nel terzo e nel quarto caso)²⁰.

Nella certazione il passaggio dall'ignoto al certo è già avvenuto mediante l'iscrizione del nuovo nato, sicché la certazione definita “certificato di nasci-

²⁰ Su accertamento e certazione può farsi rinvio a M. S. GIANNINI, *Accertamento* (diritto costituzionale e amministrativo), voce dell'*Enc. dir.*, I, Milano 1958, p. 219 ss., senza trascurare il concetto secondo la teoria generale di A. FALZEA, *Accertamento* (teoria generale), *ibidem*, p. 205 ss. che conclude: “Effetto preclusivo e dichiarazione di verità sono gli elementi necessari di ogni figura di accertamento, sicché non esiste dichiarazione di verità accompagnata da effetto preclusivo che non costituisca un fatto di accertamento e, per converso, nessun fatto di accertamento può essere altrimenti costituito se non da una dichiarazione di verità -eventualmente accompagnata da una dichiarazione di volontà per la produzione della preclusione- da cui scaturisca un effetto preclusivo di grado maggiore o minore.

In questa implicazione reciproca sta il fondamento logico e giuridico positivo del concetto di accertamento. Sulla sua base deve essere perciò condotta ogni indagine volta a censire, negli istituti dell'odierno diritto positivo, dal campo privatistico a quello pubblicistico, dal piano sostanziale a quello processuale, i vari fenomeni nei quali quel concetto si esemplifica” (p. 219).

ta” è frutto della consapevolezza di una realtà già *certa*, in quanto *accertata e registrata* in un’operazione precedente.

Non diversamente, il rilascio del certificato d’iscrizione di uno studente universitario è certazione, perché mediante l’atto di iscrizione-ammissione l’Ateneo ha già ottenuto *certezza* e può diffonderne, a domanda, notizia mediante certificazione/attestazione.

Il problema della discrezionalità nell’esercizio della funzione amministrativa è indubbiamente di grande rilievo, se si pensa che l’attribuzione del potere («*le sfere di competenza, le attribuzioni*») rappresenta uno dei tre momenti previsti nella Carta costituzionale per la determinazione *ex lege* di un vero e proprio “pubblico ufficio”.

Infatti, la Costituzione obbliga il legislatore a cogliere l’occasione dell’“ordinamento degli uffici” della pubblica amministrazione (rubrica della sezione II del titolo III della parte II della Costituzione) per *determinare* «le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari» (art. 97, co. 3).

Competenze e attribuzioni costituiscono nel loro insieme la normazione attributiva del potere in favore del soggetto, dell’organo o dell’Ufficio dotato di soggettività (le tre figure comprese nella locuzione “pubblici uffici”).

La graduazione del margine di scelta discrezionale sarà verificata dal soggetto individuato come competente, non per altro la figura della competenza precede, interpretando secondo i canoni ricevuti la norma che gli attribuisce il potere: potrebbe trattarsi di una discrezionalità assai limitata, di scelte cioè tutte possibili e apparentemente legittime in astratto, da ridurre tuttavia ad una sola quando in concreto il potere attribuito sarà esercitato; di discrezionalità, viceversa, ampia (“nel *quid*”), che incontra limiti nei principi di proporzionalità, economicità, efficacia, pubblicità, ma che rimette la parte maggiore della decisione all’autorità amministrativa competente (decisione del ricorso in opposizione e del gravame gerarchico, scelta delle quantità e modalità di sovvenzione a fini solidaristici di riparazione di danni ai cittadini da disastri naturali, scelte di concessione di beni o servizi pubblici e delle clausole da prevedere nell’affidamento, ecc.); di discrezionalità soltanto nell’*an*, nel *quando e/o* nel *quomodo*, con un contenuto vincolato dalla stessa norma attributiva o da altre norme di legge.

Ma la norma attributiva può anche rendere destinatario del compito di esercitare una funzione pubblica un soggetto di pubblica amministrazione privo di discrezionalità; e non solo in quanto l’intervento dell’amministrazione debba valere, in quel caso, a difesa di diritti soggettivi -potere di bando con alcuni contenuti obbligatori (es., clausola sociale, requisiti dell’offerta privata comprendenti le attestazioni sulla regolarità retributiva e contributiva del concorrente, possesso del *durc*, l’indicazione delle somme riservate agli oneri per la sicurezza nel lavoro)- ma anche quando all’amministrazione sia affidato un compito espletabile (oltre che, in una diversa organizzazione generale del rapporto tra cittadini e uffici, da organismi di diritto privato e non soltanto

per concessione o comunque affidamento, ma *jure proprio*: es., soa, società che garantiscono la veridicità delle certificazioni concernenti i requisiti tecnici concorrenti in gare ad evidenza pubblica), senza alcun esercizio di discrezionalità, anzi nell'adempimento di un compito avente ad oggetto l'esercizio di una funzione amministrativa neutrale.

Manca, infatti, ogni spazio per un proprio divisamento utile (valutazione, espressione di volontà previo contraddittorio), in quanto l'organo competente deve provvedere senza interpretare, per completare ed adattare al caso concreto -qui la discrezionalità- la sua attività di esercizio del potere attribuitogli dall'ordimento generale (sicché lo scopo, il risultato raggiunto, sia quello voluto dalla norma, ma con le specificazioni dovute alle scelte dell'autore dell'atto discrezionale).

Nell'esercizio di una funzione neutrale l'amministrazione offre al cittadino, mediante una prestazione documentale o che sfocia in un documento, una relazione, una decisione in sede di controllo di legittimità, ecc., il risultato come esso è interamente previsto e voluto nel concreto dall'ordinamento, esercitando con la cura necessaria l'apposito potere conferito dalla norma ad un organo pubblico allo scopo di conseguire con la maggiore probabilità il risultato cui è finalisticamente orientata la scelta del legislatore, senza dover implementare l'esercizio, ma non aggiungendo all'esercizio della specifica funzione un contenuto elaborato dall'organo stesso.

Se è vero che la definizione più ampia di funzione è quella di «complesso di attività ordinate e coordinate a una determinata destinazione»²¹ e che essa può essere vista come «momento di trasmissione dell'energia giuridica contenuta in potenza nella norma e attualizzata nell'atto, energia che si rende manifesta nel procedimento»²² e quale «strumento dell'interesse pubblico specifico e immanente nel potere»²³, non si può concordare appieno con la definizione di Casetta della funzione come «fattispecie normativa di un atto, volutamente lacunosa, la quale va completata attraverso la scelta volitiva e intellettuale tra più possibilità»²⁴. Infatti, la scelta di volizione è propria del solo provvedimento discrezionale, mentre la funzione amministrativa svolge un ruolo a tutto tondo nelle varie attività dell'amministrazione, anche in quelle che si definirebbero privatistiche perché regolate da norme di diritto comune, o in quelle neutrali, prive di apposita idoneità ad instaurare, modificare o estinguere rapporti giuridici, in quanto la gestione della cosa pubblica a qualsiasi titolo conduce sempre alla finalizzazione dell'attività.

²¹ Cfr. G. MIELE, *Pubblica funzione*, cit., P. 686.

²² Cfr. F. BENVENUTI, *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1989.

²³ Cfr. Alb. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordimenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 123.

²⁴ Cfr. E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 293-336; ora in *Scritti scelti*, Napoli, 2015, 115-156.

Come ha ritenuto dottrina autorevole²⁵, «l'ordinamento generale oltre e anzi prima di adottare singole disposizioni nei confronti dell'amministrazione, le assegna la posizione e il ruolo che le sono essenziali», imponendo «la necessaria funzionalità del suo essere e del suo agire; che è anche matrice di quei suoi doveri che trovano espressione nei riferimenti alla sua imparzialità e al suo buon andamento».

Deve, dunque, ritenersi che è soltanto nella funzionalizzazione «il significato profondo» dell'amministrazione in senso oggettivo, «attività svolte per la realizzazione di interessi pubblici»; e in senso soggettivo perché l'ordinamento non può che istituire soggetti amministrativi destinati all'esercizio di funzioni di interesse collettivo.

È questo connotato a riflettersi sull'attività amministrativa pubblica o privata, che si svolga mediante atti giuridici o comportamenti di fatto (in tal modo diversificando radicalmente la pubblica amministrazione dai soggetti privati).

«Il vincolo finalistico è, anche nelle ipotesi di attività discrezionale, troppo essenzialmente intrinseco a tale esercizio, perché sia da loro eludibile. Il vincolo è a sua volta configurato come intrinseco all'esercizio del potere, la cui violazione rileva come eccesso di potere»²⁶.

²⁵ Cfr. Alb. ROMANO, *Introduzione*, in AA.VV. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, I, 56 e *passim*.

²⁶ Su tale prospettazione della teoria di Alberto Romano, cfr. C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, spec. 176-181 e *passim*.

Deve aggiungersi a tale interessante schema ricostruttivo che nell'*Introduzione* di Alb. Romano in L. Mazarrolli, G. Pericu, Alb. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna 2005, I, v'è un preciso riferimento all'autonomia delle pubbliche amministrazioni finalizzata intrinsecamente dall'ordinamento generale: «intanto l'ordinamento generale arriva ad attribuire loro poteri così fortemente autoritari, come quelli di tipo ablativo, autorizzatorio, concessorio o altri, in quanto col loro esercizio possano, e quindi debbano, perseguire un interesse collettivo specifico per ciascuno di essi. Per esempio, l'acquisizione di aree per la costruzione di opere pubbliche, o la regolazione del commercio o dello sviluppo urbanistico dei centri abitati, o la predisposizione di servizi pubblici, e così via.

Ed è ovvio che i provvedimenti che di quei poteri siano espressione, debbano essere funzionalizzati rispetto a quell'interesse: dovrebbero risultare i più congrui e opportuni per esso.

Ma discorsi analoghi devono essere compiuti per l'esercizio da parte delle amministrazioni della loro capacità di diritto comune: anch'esso deve essere parimenti finalizzato; così, per esempio, nell'ipotesi più frequente già accennata, nella quale le amministrazioni si presentano sul mercato come acquirenti di opere, forniture o servizi, le loro scelte contrattuali devono mirare ad ottenere i beni più adatti alle loro esigenze, ai prezzi più convenienti, e, spesso, dai contraenti più affidabili: è per questo che è loro imposto di osservare i procedimenti c.d. di evidenza pubblica.

Quel che si deve porre in risalto è che questa finalizzazione è caratteristica dell'autonomia delle amministrazioni e non la si ritrova in quella dei soggetti di diritto pri-

Sembra -beninteso con riferimento limitato all'oggetto della presente ricerca- di poter circoscrivere l'analisi del rapporto norma-amministrazione-cittadino, quanto al percorso della funzione amministrativa, ai risultati raggiunti: (a) quella neutrale non è attività di servizio pubblico, ma (b) funzione pubblica volta a volta disegnata da norme attributive di poteri certificativi, di controllo della legittimità, attestativi, decisori ad organi della pubblica amministrazione; (c) siffatta conclusione consente di escludere che la discrezionalità amministrativa debba essere sempre presente nell'attività funzionalizzata.

Infatti, anche atti privi di discrezionalità, vincolati nel *quid* e nel *quomodo*, costituiscono esercizio di quella funzione amministrativa che, proprio per esser delineata nella norma di legge più marcatamente del consueto, riesce a svolgersi in condizioni di neutralità, essendo quest'ultima la condizione della forte carica di credibilità che l'ordinamento generale riconosce alle sue conclusioni.

vato. Con questa conseguenza: i loro comportamenti non solo sono soggetti anzitutto a quel primo parametro di valutazione della loro liceità, il quale è comune anche per quelli di questi ultimi; ma, inoltre, lo sono anche ad un ulteriore parametro di valutazione che è particolare per quei loro comportamenti medesimi: la loro corretta funzionalizzazione. I loro provvedimenti, così, e, in fondo, anche i loro contratti, devono essere, oltre che leciti, anche legittimi».

Il veicolo della finalizzazione è a sua volta individuabile per la pubblica amministrazione in «una serie di norme che essa deve rispettare; da norme che sono ulteriori e, quindi, disomogenee, rispetto a quelle che delimitano quei poteri medesimi, e, in genere, la sua autonomia, nei confronti dei diritti e delle autonomie degli altri soggetti dello stesso ordinamento. Sono norme anzitutto sull'organizzazione delle varie amministrazioni, sulla composizione dei loro organi, e sui relativi riparti di competenza (non di quelle sulla pertinenza soggettiva dei loro poteri, cui si è prima accennato, che, viceversa, ne delimitano l'esistenza); e, inoltre, e sempre più largamente, sono norme sui procedimenti mediante i quali i poteri suddetti devono essere esercitati. La violazione di queste disposizioni da parte dei provvedimenti comporta la loro illegittimità» (Alb. ROMANO, *Introduzione, cit.*, p. 10-11).

Particolarmente sensibile alla "posizione dell'interessato" dinanzi all'esercizio di potestà funzionalizzate appare C. MARZUOLI, *Carta europea dei diritti fondamentali, "amministrazione" e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in G. Vettori (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, p. 268: «La lente della funzione ... colloca l'attività di esercizio del potere (della funzione) in una prospettiva in cui i valori (e le preoccupazioni) dominanti sono quelle volte a favorire il giusto esercizio del potere, per tale intendendo un esercizio legittimo, corretto, non arbitrario, adeguato quanto all'assetto di interessi da realizzare (se e quando vi siano spazi di discrezionalità o di valutazione). ... L'attenzione è dunque concentrata sul merito del farsi della decisione e sul suo esito; la posizione dell'interessato finisce per essere presa in considerazione esclusivamente (o quasi) da questo punto di vista (risultato favorevole o sfavorevole) e dunque essa non può che essere ricostruita in termini condizionati dal processo decisionale del potere pubblico (come non diritto, perché non vi è diritto ad una decisione favorevole)».

5. Il “servizio pubblico” nell’ordinamento UE

C’è, del resto, da tener conto della significazione del servizio che noi definiamo pubblico nell’ordinamento dell’Unione europea.

Già nel trattato di Roma all’art. 90, e successivamente in quello di Amsterdam all’art. 80, si vieta agli Stati di mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche o destinatarie del riconoscimento di particolari diritti o di compiti di servizio esclusivi, misure contrarie al trattato; ciò, tuttavia, nell’intesa che le imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale sono sottoposte alle regole della concorrenza nei limiti in cui l’applicazione dei principi e delle norme sulla concorrenza non osti all’adempimento, in linea di fatto e di diritto, della specifica missione loro affidata.

Lo sviluppo degli scambi, comunque, non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della comunità.

Con l’atto unico di Parigi si aggiungono agli obiettivi del 1957 anche quello della coesione economica sociale (dall’art. 130A al 130E) d’interesse generale comunitario, e con le previsioni del trattato di Maastricht la protezione dei consumatori e dell’ambiente; sulle reti transeuropee nei settori dei trasporti, telecomunicazioni ed energia.

Nella giurisprudenza dell’Unione, gli elementi del servizio pubblico sono un insieme di attività più o meno redditizie nelle quali i benefici di alcuni settori compensano le perdite di altri settori²⁷.

Restano tuttora escluse le prestazioni che non corrispondono ad un’esigenza di interesse generale a meno che esse si mostrino come necessarie all’equilibrio globale di attività considerate nel medesimo settore economico.

Amsterdam introduce l’art. 7D (art. 16 nella successiva versione consolidata) che si confronta con l’originario art. 90/2 del trattato di Roma, norma, quest’ultima, che è -peraltro- limitata ai servizi di interesse economico generale, esclusi dunque quelli di interesse generale, né mette in crisi l’attuale equilibrio tra regola della concorrenza ed eccezione del servizio pubblico.

Inoltre, si tratta di una categoria di competenza condivisa.

La Commissione con la sua “comunicazione” del 1996 definisce “i servizi d’interesse generale in Europa”.

Come di consueto, gli atti dell’Unione di maggior rilievo prendono le mosse sempre da una sequela di definizioni, nella specie, per vero, necessarie:

²⁷ Cfr. F. CINTIOLI, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in www.federalismi.it, n. 11/2012. Per una ricostruzione della nozione in giurisprudenza, cfr., da ultimo, F. NICOTRA, *La nozione di servizio pubblico nel diritto interno e Comunitario*, 25/02/2015 consultabile su <http://www.diritto.it/docs/36872>; F. BRUNO, *Il servizio pubblico radiotelevisivo nell’ordinamento comunitario e nazionale. Idee e suggerimenti per una riforma della RAI*, in www.federalismi.it, n.2/2015.

- *servizi di interesse generale* = attività, commerciali e non, anche svolte da soggetti privati, ma considerate di interesse generale da parte delle autorità pubbliche e sottoposte per questa ragione ad obblighi specifici di servizio pubblico;

- *servizi di interesse economico generale* = servizio commerciale corrispondente ad una missione d'interesse generale e sottoposto per questa ragione ad obblighi specifici di diritto pubblico: servizi su rete (trasporti, energia, telecomunicazioni). L'art. 90/2 del trattato di Roma si riferisce a questo tipo di servizi;

- *servizio pubblico* = la sua nozione comprende tanto l'aspetto soggettivo (organismo che eroga un servizio) quanto la nozione oggettiva (attività corrispondente ad un interesse generale). Per favorire lo svolgimento di una missione d'interesse generale affidata con contestuali obblighi specifici di diritto pubblico;

- *servizio universale* = prettamente europeo, il concetto evolutivo designa un insieme di esigenze d'interesse generale cui dovrebbero sottoporsi in tutta l'Unione attività organizzate come quelle delle telecomunicazioni e del servizio postale. Accesso a tutti per prestazioni essenziali gratuite o semigratuite, come si evince dalla direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica.

I servizi del mercato interno, di cui alla direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sono, secondo la direttiva stessa, *motore della crescita economica* se è vero che essi *rappresentano il 70% del pil e dei posti di lavoro nella maggior parte degli Stati membri* (inoltre, essi rappresentano un *settore chiave in materia di occupazione, soprattutto per le donne*).

Anche nei servizi la direttiva intende realizzare un *mercato unico*, mantenendo un *equilibrio tra apertura dei mercati, servizi pubblici nonché diritti sociali e del consumatore* (avanzato modello europeo nel sociale).

La direttiva torna, dunque, sulla tendenza dell'Unione europea -viva dal trattato di Amsterdam in poi- all'attenzione costante rivolta anche verso il sociale ed ai *suoi* servizi privi di interesse economico.

Ad esempio, nella cura pubblica della salute si riscontrano una serie di prestazioni amministrative, quando essa è data dall'ente pubblico: si tratta, del resto, di una cura sociale per la sua finalizzazione specifica che attua le previsioni fortemente volute dai costituenti, oltre che con la norma di cui all'art. 32, con quelle di cui agli artt. 2 e 3 Cost., che garantiscono lo sviluppo autonomo della personalità del cittadino in tutte le formazioni sociali nelle quali egli scelga di svolgere la sua vicenda umana e la rimozione degli ostacoli economico-sociali, fonte di disuguaglianze sostanziali che pregiudicano lo sviluppo della persona; ma anche -ad esempio- all'art. 31, che impegna la Repubblica nel sostegno economico della famiglia in atto e, anche con altre provvidenze, *in fieri*, prevede la protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù.

Si tratta di un servizio sociale nazionale che si identifica in base ai valori portanti di tutte le attività di servizio che possono riassumersi nel riferimen-

to ai *principi* del personalismo comunitario e del solidarismo, ottenendo sul piano dell'effettività l'eliminazione dello svantaggio e dell'abbandono delle persone meno favorite.

Quanto alla definizione di servizio pubblico di interesse economico, il servizio è pubblico anzitutto in senso soggettivo, in quanto svolto sotto la guida, la responsabilità e la sorveglianza di un soggetto pubblico, come ritengono la dottrina italiana e -in senso ben più ampio, com'è noto- quella francese, ma non l'Unione europea che prescinde del tutto dall'elemento soggettivo, risolvendo l'aggettivo "pubblico" nell'utilità economicamente apprezzabile che viene prodotta da un'attività, pubblica o privata indifferentemente, aperta all'accesso di chiunque o di vaste categorie di persone.

La giurisprudenza ha superato a piè pari un dibattito poco fortunato nelle conclusioni ultime quanto prezioso per gli approfondimenti compiuti nello studio delle tipologie di servizio; ed ha preferito riconoscere il servizio pubblico a seguito dell'indagine casistica sulla volontà e sulle ragioni che hanno mosso l'amministrazione ad assumerne la gestione per finalità d'interesse generale.

Quanto alla distinzione tra servizi pubblici nazionali (o generali) e locali, essa è di per sé evidente, riferendosi la definizione al confine territoriale degli effetti favorevoli indotti dalla gestione del servizio; può osservarsi che vi è un servizio sociale che è nato con un legame esclusivo con la comunità locale e che nei secoli non ha mai lasciato quella dimensione, salvo -nel novecento- per gli aspetti finanziari e per l'alta organizzazione di livello necessariamente nazionale: si tratta della sanità, oggi servizio sanitario nazionale con articolazione regionale, frutto di un'evoluzione delle unità sanitarie locali, costituite con la legge 833/1978 su base comunale e con organi collegiali sensibilmente influenzati dal potere locale, dai partiti politici.

6. *Officium e funzione pubblica*

Per venire, dunque, alla funzione amministrativa, riveste interesse, per ciò che intendiamo dire, un brevissimo riferimento alla nozione di *officium*.

Risale ad alcune accezioni attribuite al termine dai giuristi romani la nozione oggettiva di *officium*: essa in realtà è giunta «a significare l'adempimento e l'esercizio di ... incombenze relativamente permanente ... o, senz'altro, queste stesse incombenze prefigurate nella loro oggettività e, sia pur relativa, stabilità (le *functiones publicae* del *Codex*)», come funzioni nel significato più vicino a quello invalso nell'era contemporanea²⁸.

In relazione alla storiografia che concerne in Roma la produzione di effetti giuridici *de officio*, la dottrina ricorda anche i due ambiti di significato cui il termine *officium* può riferirsi: in senso oggettivo come una sorta di *munus*,

²⁸ Cfr. su ciò la voce nella massima parte tuttora attuale di F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 301.

prestazione d'opera, comportamento dell'operatore; in senso soggettivo come comportamento conveniente, doveroso, di cui poter rendere conto²⁹.

Il percorso stesso della costituzione delle prime forme di Stato nel Principato di Augusto passa dall'emersione del concetto oggettivo di funzione pubblica.

Proprio in uno dei più recenti studi sul Principato augusteo si osserva che: «In età severiana, Ulpiano, nella sua opera sull'ufficio del proconsole, osserva che, finito il proprio mandato, il proconsole uscente dovrà continuare a tenere l'amministrazione fino all'arrivo del successore, giacché "il proconsolato è unico e l'utilità della provincia esige che vi sia qualcuno per mezzo del quale i provinciali possano sbrigare i propri affari"»³⁰.

Il che val quanto dire che «la funzione è separata dal concreto esercizio del potere, per divenire centro di riferimento impersonale del governo provinciale»³¹.

Peraltro, a proposito dell'ufficio di prefetto del pretorio, si osserva che «*officium* acquista un valore traslato e viene ad indicare ... l'opera spersonalizzatasi e stilizzata del funzionario», divenendo «autonomo il centro di impu-tazione, distinto dalla persona che ad essa è chiamata».

Il fenomeno dell'astrazione dell'*officium* è presente in giuristi precedenti al IV secolo, a partire da Cervidio Scevola del II secolo d.C., atteggiandosi come un processo che aveva finito per introdurre «una considerazione unificante del personale addetto ai diversi settori del servizio (imperiale), espressa peraltro anch'essa attraverso un uso traslato del termine *officium*»³².

In proposito, si osserva nella dottrina tardoantica che «Questa ricostruzione riprende in maniera elegante un'impostazione di fondo di origine momm-seniana ... ancora largamente condivisa negli studi, specie fra i giuristi, su una dualità di ordinamento che avrebbe accompagnato il Principato dall'età augustea-tiberiana fino a sfaldarsi lungo il III secolo per confluire poi unificata sotto l'egida imperiale da Diocleziano in poi».

²⁹ Cfr. V. GIODICE SABBATELLI, *I libri "de officio" fra tradizione e innovazione*, in *Tradizione romanistica e costituzione*, Roma, 2006, vol. II, p. 1150-1152.

³⁰ Cfr. la preziosa ricostruzione di uno storico del tardoantico come Mario Pani, di recente scomparso, in M. PANI, *Augusto e il Principato*, Bologna, 2013, p. 111 e *passim*.

³¹ Cfr. F. GRELLE, *Le categorie dell'amministrazione tardoantica: officia, munera, honores*, in A. Giardina (a cura di), *Società romana ed Impero*, Roma-Bari, 1986; Id., in L. Fanizza (a cura di), *Diritto e società nel mondo romano*, Roma, 2005, p. 221-224.

Cfr., inoltre, Id., *I poteri pubblici e la giurisprudenza tra Augusto e gli Antonini*, in M. Pani (a cura di), *Continuità e trasformazioni tra Repubblica e Principato. Istituzioni, politica, società*, Atti dell'incontro di studi (Bari, gennaio 1989), Bari, 1991, p. 249-265.

³² Cfr. F. GRELLE, *Le categorie dell'amministrazione*, cit., p. 49 ss.

Tornando all'uso traslato di *officium*, questa stessa dottrina osserva che «esso ricorre ... già nella menzione di *nova officia* “escogitati” da Augusto, almeno come ci appaiono nella mediazione interpretativa successiva di Svetonio: sorta di contenitori funzionali e impersonali nei quali reclutare poi un maggior numero di persone nell'amministrazione pubblica (“perché più persone potessero prendere parte all'amministrazione dello Stato”: *administrandae rei publicae*)»³³.

La dottrina rileva oggi correttamente *inammissibilità* nel tentativo di risolvere l'analisi di ogni aspetto dell'azione amministrativa nel concetto di servizio o in quello di funzione amministrativa³⁴, in specie se ci si attenga

³³ Per concludere, secondo Pani, anche «le istituzioni hanno una loro vita reale, con una sua dinamica autonoma dal pensiero giuridico, che, a volte, certo la determina, il più delle volte, credo, la subisce; sicché il non giurista, forse, ne coglie per primo il sentore. Non mi nascondo peraltro che il tema potrebbe sottintendere problematiche più di fondo, cioè sulle realtà “plurali” con cui lo storico si deve confrontare» (M. PANI, *Augusto e il Principato*, cit., p. 113).

³⁴ Cfr. di recente M. C. ROMANO, *Il dibattito sulla nuova scienza del diritto amministrativo in Germania*, in *Dir. amm.* 2015, p. 433 ss. che osserva (p. 466-467) “la nuova dogmatica si sforza di elaborare un più ampio arsenale di strumenti giuridici, non solo diretti a rendere l'agire dell'amministrazione controllabile, ma soprattutto volti ad assolvere l'ulteriore funzione di garantire all'amministrazione l'efficace espletamento dei suoi compiti, in una dimensione di costante mutevolezza. In alcuni settori, in particolare, a venire in rilievo non sono le forme giuridiche tradizionali (atto amministrativo, atto normativo, atti generali dell'amministrazione), quanto i profili riguardanti il procedimento amministrativo e l'organizzazione; osservazioni che ben si attagliano, ad esempio, al settore della regolazione economica”. L'a. rinviene nell'ordinamento tedesco un sistema di *Neue Dogmatik* che riflette “la connotazione policentrica dell'ordinamento amministrativo nazionale ed europeo”. Cambia, dunque, secondo M. C. Romano, lo stesso “obiettivo della scienza giuridica: non più rivolta all'analisi e alla costruzione di sistemi chiusi ed impermeabili, senza storia e senza tempo, ma impegnata nel segnare una direzione, un indirizzo, appunto, nel concreto ed operativo processo di produzione ed applicazione della normativa. Riecheggia qui -per lo studioso italiano- la pagina di Giandomenico Romagnosi, che individuava nella scienza speciale una scienza “*non meramente contemplativa, ma propriamente operativa*”, sulla scorta di G. ROMAGNOSI, *Dell'indole e dell'incivilimento con esempio del suo Risorgimento in Italia*, citato da F. BENVENUTI, in *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, *Excursus II*, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano 2006.

Sull'importanza, agli albori del vero e proprio ordinamento amministrativo, delle dottrine di Romagnosi, che secondo alcuni autori avrebbe scritto nel 1814 le “Istituzioni di diritto amministrativo” per convincere le autorità austriache che il diritto amministrativo era una “scienza neutra” che, come tale, poteva continuare ad essere insegnata da lui anche in uno Stato della restaurazione, ciò che F. MERUSI contesta in esordio della parte I della sua monografia su *La legalità amministrativa fra passato e futuro. Vicende italiane*, Napoli 2016, p. 17-63.

V. altresì la ricostruzione storica di L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, II, *La scoperta del diritto amministrativo*, Milano 1987, p. 31 ss.; G. ROSSI, *L'attualità di G. D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul*

alla nozione più rigorosa secondo cui questa si estrinseca nell'esercizio di un potere conferito all'amministrazione dalla legge.

Si tratta di due angoli di visuale dell'amministrazione pubblica nel suo dinamismo, in quanto la nozione di servizio si qualifica «dal momento organizzatorio il quale ne caratterizza la predisposizione e l'esplicazione, ma non identifica invece un tipo a sé stante di attività da contrapporre alla funzione pubblica estricantesi nell'esercizio del potere amministrativo».

Questa «è propria di un tipo di attività dell'amministrazione espressiva di potere (anche certificativo) e che è esclusiva di essa», mentre il servizio è «un modello più o meno composito di attività amministrativa, soprattutto quanto all'organizzazione»³⁵.

7. Alcuni spunti di riflessione su potere e funzione neutrale

Si può affacciare l'ipotesi, a questo punto, che la neutralità nella funzione amministrativa è nozione di sfida della coerenza dell'ordinamento derivato che, dalla prevalente destinazione delle "sue" norme alla disciplina dei rapporti tra cittadini e pubblici uffici amministrativi, cioè del rapporto tra libertà e autorità, assume la denominazione di amministrativo.

L'ordinamento amministrativo, come è noto, individua, a sua volta, lo Stato persona in quanto Stato a diritto amministrativo³⁶, nell'ordinamento gene-

futuro del diritto amministrativo, in *Riv. pubbl.*, 2012, p. 6; A. MASSERA, *Il diritto amministrativo e l'opera di Giandomenico Romagnosi a 250 anni dalla sua nascita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 1032 ss.; E. ROTELLI, *Romagnosi 1814. Istituzioni di diritto amministrativo*, Bologna, 2014.

³⁵ G. CAIA, *I servizi pubblici*, cit., p. 145-148, il quale evidenzia che la funzione amministrativa avrebbe «valenza verticale, mentre il servizio pubblico valenza orizzontale ... così come lo è il concetto ampio e non coincidente di attività amministrativa o amministrazione».

³⁶ Uno Stato amministrativo tipo è quello francese che non lesina privilegi per la discrezionalità della pubblica amministrazione, discrezionalità contendibile dinanzi ai *Tribunaux* e al *Conseil d'État*, se il suo esercizio sia ritenuto lesivo di interessi protetti dei cittadini destinatari; tuttavia con successo di certo non frequente, almeno nei casi di esercizio di discrezionalità amministrativa pura, così come voluta dalla legge, nell'ambito -ad esempio- del *service public*, cioè all'interno di rapporti giuridici speciali, caratterizzati dalla necessaria prevalenza dell'interesse pubblico derivante dalla peculiare posizione di vantaggio che il *service* offre all'ufficio che lo esercita rispetto alle situazioni soggettive dei destinatari delle sue manifestazioni. L'evoluzione della dottrina francese, in parte cospicua, influenzata da quella del *Conseil d'Etat*, va verso la considerazione del concetto di *interesse generale* che sostituisce sempre l'interesse pubblico. Inoltre, la critica sulla natura politica squisitamente rimessa al giudice della verifica della generalità dell'interesse dal rispetto del quale deve scaturire l'atto amministrativo legittimo è assai diffusa: cfr. soprattutto D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ, Paris 2000, che ritiene dannosa la nozione di

rale: lì dove l'attività degli uffici della pubblica amministrazione sia distintamente ideata e disciplinata dal legislatore in quanto portatrice di *puissance publique*³⁷.

interesse generale, considerando quest'ultimo come la conseguenza o l'espressione di volontà, l'ideologia di un giudizio di valore di ordine politico: si tratterebbe di una finzione esogena e dommatica; questa perverrebbe al risultato che il diritto amministrativo finisca per piegarsi alle necessità dell'interesse, causando un adattamento del principio di legalità, una vera e propria sostituzione dell'apprezzamento del giudice a quello dell'amministrazione nel momento in cui si aggiungessero alle clausole della legittimità, clausole supplementari di "regolarità". Più di recente F. BEROUJON, *Evolution du droit administratif: avancée vers la modernité ou retour aux temps modernes?*, RFDA 2008, 454 ss., fa riferimento alla disintegrazione dell'interesse generale e ad una nuova concezione che, collocando l'individuo nel suo centro, difende un umanesimo caro all'illuminismo, simbolo della modernità. Ma su questo problema, cfr. il contributo profondo e assai chiaro di A. CIOFFI, *Intérêt général e intérêt public en droit administratif. Rapport sur la France et l'Italie*, in *JUS publicum* 2014, p. 1-23 ; da ultimo, Id., *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.* 2015, p. 797 ss., spec. 827-840.

³⁷ Risale a M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris 1900-1901, l'elaborazione del concetto di *puissance publique* che viene definita come «*une volonté qui exerce les droits administratifs au nom de la personnalité publique des administrations*», considerandola come l'insieme delle prerogative di cui gode l'amministrazione al fine di far prevalere l'interesse generale, in virtù del vincolo di scopo che caratterizza l'esercizio della funzione. Egli elaborò la teoria istituzionale, proponendo un «*approccio al diritto pubblico fondato su basi classiche, derivanti dal diritto romano: per lui il diritto pubblico non poggiava sull'idea di scopo e, cioè, sull'interesse pubblico, ma sull'istituzione che ne costituiva l'oggetto e, quindi, lo Stato*». È questa la felice ricostruzione del pensiero di Hauriou che si deve a A. SANDULLI, *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia, 1800-1945*, Milano 2009, p. 19. Successivamente L. DUGUIT, *Les transformations du droit administratif, cit.*, rielaborò la teoria, entrando nell'argomento degli atti di gestione che non escludono quelli d'imperio prodotti dalla *puissance publique* all'interno del *service public* per la dottrina francese dominante: contrariamente ad Hauriou, Duguit sosteneva la necessità di applicare al diritto il metodo empirico delle scienze sociali, sicché il diritto stesso fungesse da limite per lo Stato, tenendo conto dei mutamenti economici e dei bisogni sociali per rimodellare in misura proporzionale ai suddetti mutamenti la sua attività. Per alcune considerazioni sull'evoluzione dell'autoritarieria e, più in generale, dei principi fondanti del diritto amministrativo si veda M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonomia branca del diritto*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, p. 3 ss. Ma v. soprattutto Alb. ROMANO, *Riflessioni dal Convegno: autoritarieria, consenso e ordinamento generale, cit.*, p. 363 - 382. Con specifico riferimento all'esercizio della *puissance publique* in materia urbanistica cfr. V. PARISIO, *Les mécanismes amiables de resolution des litiges: pacification sociale, souplesse et équité dans le domaine du contentieux de l'urbanisme*, in www.federalismi.it, n. 17/2016.

Del resto è da sottolineare che tra i primi passi del principio di legalità nella costruzione dell'ordinamento giuridico generale e di quello derivato del diritto amministrativo, si colloca la sua attuazione mediante l'intervento del legislatore nella misura resa necessaria dalla realtà economico-sociale per attribuire il potere³⁸: il che equivale alla contemporanea esigenza della determinazione

³⁸ Nell'elaborazione di Duguit appare centrale la negazione della personalità giuridica dello Stato, grazie ad una concezione oggettivistica del diritto che subordina la *puissance publique* alla *règle de droit* fondata sulla *solidarité sociale*. La teoria approdava alla visione secondo la quale la legittimazione dei governanti potesse trovare fondamento soltanto nella conformità dell'azione a questa regola sociale. Ma, come osserva A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, cit., p. 20, l'elaborazione di Duguit che si sposta sul *service public*, inteso come «strumento attraverso cui poteva essere individuata, finalisticamente, l'attività dello Stato», divenne il *cavallo di Troia* «attraverso cui l'attività dello Stato andava sempre più estendendosi, sicché nata la teoria di Duguit per individuare le forme di limitazione giuridica dell'attività statale, essa si trasformava in meccanismo di lievitazione di tali attività per il tramite della nozione di *service public*».

Sulle trasformazioni della *puissance publique* sotto la spinta della normativa europea, v. C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union Européenne*, Paris 2004; R. CAVALLO PERIN, *L'elaborazione dell'atto di autorità in Francia*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, cit., p. 265 - 284; D. COSTA, *L'atto autoritativo. L'esperienza francese*, ivi, p. 241 - 264. Infine, sulla traduzione della *puissance publique* nell'autoritarità del potere dell'amministrazione che la esprime attraverso l'imperatività del provvedimento e sulle trasformazioni di quest'ultima, si veda B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2012 e Id., *Atto autoritativo, funzione, procedimento*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, cit., p. 21 - 41 sulle cui conclusioni ("oggi, però, questa nozione è un peso che ci inganna sui caratteri del potere amministrativo...era un concetto utile quando la realtà era semplice e gli studiosi potevano permettersi di semplificarla ulteriormente. Oggi...possiamo (piuttosto) individuare concetti diversi, per spiegare una realtà cambiata e più complessa...") concorda S. CASSESE, *L'atto autoritativo, ovvero della caccia allo Snarco*, ivi, p. 319 - 322.

Cfr. inoltre F. SAITTA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.* 2002, p. 37 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Vanum est disputare de potestate: riflessioni sul diritto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano 1988 secondo il quale il potere della pubblica amministrazione non può essere (esclusivamente) ricondotto alla dimensione "organizzativa" del sistema, esprimendo piuttosto una correlazione con la funzione sempre presente all'interno della dimensione giuridica della convivenza sociale; cfr. E. FOLLIERI, *Atto autoritativo e giurisdizione. Poteri di trasformazione e poteri di conservazione*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, cit., p. 43 ss.; G. PALMA, *Delle aporie in dottrina circa l'impiego di "norme" di diritto privato nell'azione dell'Amministrazione pubblica. Contributo alla identificazione della potenziale logica ricostruttiva del progressivo sviluppo del sistema ordinamentale*, in *www.federalismi.it*, n. 3/2016.

del fine che quel potere deve perseguire, non anche alla determinazione normativa dei criteri e delle direttive per il suo legittimo esercizio³⁹.

Attribuire con legge un potere ad ogni soggetto e ad ogni organo amministrativo collocato in posizione di rilevanza “esterna”, vero e proprio organo dunque, non sembra rappresentare, almeno in via di principio, altro che la conclusione di una fase di analisi della realtà sociale in evoluzione da parte del Parlamento; analisi durante la quale sono stati censiti i bisogni, nuovi e vecchi, di persone, di gruppi numerosi di persone, di categorie di persone e li si è qualificati come meritevoli di riconoscimento, trasformandoli da quel momento in interessi meritevoli di tutela e soddisfazione anche mediante promozione; quest’ultimo compito -di servizio, ma corredato anch’esso da alcune ben precise attribuzioni di potere- viene affidato dall’ordinamento alla serie di organi amministrativi considerati competenti (i Sindaci, ad esempio per la *sicurezza urbana* -cfr. da ultimo il d.l. 20 febbraio 2017, n. 42, *Collaborazione interistituzionale per la promozione della sicurezza urbana integrata e della sicurezza urbana*, “bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città”-; le Asl per la *salute* e l’*igiene pubblica*; l’anagrafe comunale per l’*identificazione* dei cittadini; il Ministero dell’ambiente per la *prevenzione* -anche delle malat-

Si vedano inoltre le suggestive riflessioni di N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 2015, 4, p. 1115 ss.

³⁹ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, p. 124; Id., *Il diritto amministrativo dell’emergenza*, in *Annuario AIPDA 2006*; M. URSO, *Il potere di ordinanza del sindaco, con particolare riferimento alla tutela dell’ambiente*, in A. Barone, S. Licciardello, F. Tigano (a cura di), *Amministrazione e giustizia, Scritti degli allievi per Ignazio Maria Marino*, Ariccia 2015, p. 345 ss.

V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell’amministrazione*, in *Dir. pubbl.* 2007, p. 2 ss. Il contenuto minimo della disciplina dei singoli poteri comprende, insieme al soggetto e al tipo di atto, l’*interesse pubblico specifico* sotteso all’attribuzione stessa, connotando il momento autoritativo in termini di funzione. In senso critico sull’esercizio diffuso dei poteri straordinari da parte dell’amministrazione cfr. D. CHIAVIELLO, *L’amministrazione dell’ordinaria emergenza*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2010; A. CARAPELLUCCI, *Il potere di ordinanza oltre l’emergenza: i problemi dell’impiego ordinario di uno strumento extra ordinem*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 321 ss.; M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *www.giustamm.it*, n. 1/2011; G. LA TORRE, *L’esercizio del potere di ordinanza in deroga per emergenza ed in particolare nel caso di grandi eventi ed il contrasto con la competenza edilizia degli Enti locali*, in *L’amministrazione italiana*, 2011, 1601 ss.; F. FRANCARIO, «*Stretta interpretazione*» di disposizioni eccezionali, in *www.giustamm.it*, n. 3/2012; D. DIMA, *Usi e abusi degli strumenti emergenziali. Alcune (ulteriori) distorsioni in tempo di crisi*, *ivi*, n. 22/2014; P. OTRANTO, *Principio di precauzione e potere sindacale di ordinanza*, in *www.giustamm.it*, n. 11/2014; A. ANDRONIO, *Ordinanze contingibili e urgenti*, in A. Crosetti, R. Ferrara, C.E. Gallo, S. Grassi, M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell’ambiente*, Milano 2014, p. 233 ss.; A. PAVESI, *EXPO Milano 2015: un difficile percorso giuridico*, in *www.giustamm.it*, n. 8/2015.

tie- ed il *risarcimento in forma specifica* del danno ambientale; le Università per l'*istruzione superiore*; la polizia per la *sicurezza* ovunque, ecc.).

Dunque l'ordinamento amministrativo si arricchisce nel tempo di sempre nuovi presidi per l'interesse generale -in questa nozione essendosi collocato ogni interesse destinatario del suddetto riconoscimento in quanto meritevole di promozione e tutela- confermando o modificando le scelte già compiute.

Se si guardi a questo punto alla realtà giuridico-sociale, sembra possibile prevedere che dal tessuto dell'ordinamento generale emergano nell'organizzazione e nell'attività delle pubbliche amministrazioni posizioni e strutture pubbliche destinatarie di norme attributive di potere tutt'altro che neutrali, anzi dedite ad una missione specifica da svolgere da parte dell'organo pubblico nel rispetto di valori di efficacia, economicità, pubblicità, trasparenza, effettività che convergono tutti -specie i primi due- verso il risultato previsto in sede di astratta programmazione delle *performance*⁴⁰ degli uffici; il feno-

⁴⁰ Cfr. anzitutto la breve, ma rigorosa, analisi di A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, in Alb. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016, *cit.* il quale si sofferma sull'inadempienza al dovere di provvedere (che, com'è noto, costituisce *ex art. 2, co. 9, della legge 241 del 1990 s.m.i.*, elemento di valutazione della *performance* individuale), con particolare attenzione alla valutazione effettuata dal giudice sulla "fondatezza della pretesa" -art.31, co.2 c.p.a.-; cfr. inoltre A. TIGANO, *Il "provvedimento semplificato" fra accelerazione del procedimento e obbligo di corrispondenza fra chiesto e pronunciato*, in www.giustamm.it, n. 10/2016; Id., *Oneri di pubblicità legale e obblighi di trasparenza degli amministratori delle Camere di commercio, Relazione nel Convegno "La trasparenza e l'efficienza nell'azione amministrativa e fiscale delle Camere di Commercio"*, Camera di Commercio di Agrigento, 9 novembre 2012; N. NIGLIO, *La gestione del personale nelle società a partecipazione pubblica alla luce del recente decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175*, in www.Lexitalia.it, n. 11/2016; C. ROSSI, *La riforma Madia: il convitato di pietra (o la pietra angolare che manca)*, in www.lexitalia.it, n. 10/2016; D. GAGLIOTI, *Considerazioni sul d.P.R. 105/2016*, in www.lexitalia.it, n. 7/2016; Id., *Sistema della performance delle amministrazioni pubbliche. Altri tasselli nel mosaico delle performance* *ivi*, n. 10/2015; G. PANASSIDI, *L'adeguamento dell'ordinamento di comuni e delle province ai principi del d.lgs. 150 sulla misurazione e valutazione della performance*, in www.lexitalia.it, n. 5/2011; M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande inammissibili o manifestamente infondate*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 103 ss., secondo il quale "l'obbligo di concludere il procedimento e l'obbligo di avviarlo corrono su binari paralleli, nel senso che la domanda del cittadino («una istanza») da un lato fa conseguire «obbligatoriamente» il procedimento amministrativo, che dunque dovrà sempre essere aperto dalla p.a. per esaminare la domanda, dall'altro lato fa conseguire sempre l'obbligo della p.a. di concludere quello stesso procedimento attraverso un provvedimento espresso e motivato, reso entro un termine certo e prefissato, sia pure tale provvedimento limitato al rigetto «in rito» della domanda per ragioni procedurali o formali o per difetto di legittimazione del cittadino". Cfr., ancora, A. ZITO, *Interesse pubblico e strumenti organizzativi nella*

meno è ancor più evidente in tutti i casi nei quali siffatti programmi di attività precipitano nei singoli momenti previsti per la loro attuazione, cioè nei provvedimenti amministrativi, che, del resto, ad osservarne il *nomen*, visioni (e conseguenti decisioni) ravvicinate (*proximae*) in ordine alle particolarità del caso concreto sembrano significare⁴¹.

valutazione delle performance: il problema dell'efficienza e dell'efficacia nelle pubbliche amministrazioni, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli 2010; S. BATTINI - B. CIMINO, *La valutazione della performance nella riforma Brunetta*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica della riforma del lavoro*, Napoli 2009; L. MERCATI, *Voce Efficienza della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, I, Milano 2006; A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo*, in M. Immordino - A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino 2004; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano 2002.

⁴¹ Più in generale, sul nuovo volto dell'amministrazione, sotto i diversi aspetti e temi coperti dall'attività amministrativa, si vedano i commenti suscitati dalla normativa in materia di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni contenuta nella legge delega 124 del 7 agosto 2015 e nei relativi decreti delegati, *ex multis*, D.U. GALLETTA, *La trasparenza nella riforma della p.a.*, in www.federalismi.it, n. 5/2016; G. CORSO, *La riorganizzazione della p.a. nella legge Madia*, *ivi*, n. 20/2015; A. POGGI, *Legge Madia: riorganizzazione dell'amministrazione pubblica?*, *ivi*, *loc. cit.*; A. FERRARA, *La riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche tra principio di sussidiarietà e principio di efficienza*, *ivi*; F. FRANCIARIO, *Autotutela e principio di legalità*, *ivi*; F. GIGLIONI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale in attesa dell'esercizio della delega*, *ivi*; A. F. CASTRO-NUOVO, *Il complicarsi del principio di legalità al tempo della crisi*, in A. Barone, S. Licciardello, F. Tiganò (a cura di), *Amministrazione e giustizia*, *cit.* p. 33 ss.; A. GRASSIA, *Autonomia e responsabilità nell'amministrazione per risultati*, *ivi*, p.133 ss.; G. F. LICATA, *Palingenesi dell'amministrazione pubblica e costruzione giuridica della democrazia*, *ivi*, p.173 ss.; A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino 2015, p. 199 ss.

Si vedano, inoltre, i contributi di M. RAMAJOLI, *L'eterno ritorno della riforma della PA*; F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*; M. DE BELLIS, *L'impatto sull'organizzazione*; W. GASPARRI, *Il nuovo "volto" dell'autotutela amministrativa*; A. MARCHETTI, *Le disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza*; E. FREDIANI, *Il nuovo art. 17-bis della legge n. 241/1990*; F. MERUSI, *Conclusioni al Seminario* tenutosi presso la Scuola Superiore Sant'Anna Venerdì 4 dicembre 2015. Cfr. inoltre i contributi contenuti in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015.

Tra i pregevoli contributi che meno di recente si sono soffermati sulle riforme che nell'ultimo decennio hanno interessato l'attività amministrativa, P. LAZZARA, *Il principio di semplificazione del procedimento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, *cit.*, p. 533 ss.; A. BENEDETTI, *Alla ricerca della certezza, tra poteri pubblici e sistemi privati*, in www.giustamm.it, n. 10/2012; M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2011, si vedano, in

La neutralità in una funzione amministrativa destinata al *fare* non trova dunque posto, non immediatamente.

8. La netta prevalenza dell'amministrazione di scopo

È la preminenza riconosciuta dallo Stato di diritto al potere conferito dalla legge ai pubblici uffici dell'amministrazione quella che, nell'esperienza

particolare i contributi di R. FERRARA, *Gli accordi tra le amministrazioni pubbliche*; G. CORSO, *Il principio di legalità*; C. MARZUOLI, *Il principio del buon andamento e il divieto di aggravamento del procedimento*; A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*. Si veda, inoltre, C. CARLONI, *Le verità amministrative*, Milano 2011; A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino 2011; F. Caringella - M. Protto (a cura di), *Il nuovo procedimento amministrativo*, Roma 2009 e tutti i contributi ivi presenti a commento, in particolare, dei principi di cui agli artt. 1-17; M. DOGLIANI, *Il principio di legalità in alcune recenti formulazioni*, in AA. VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del 53° Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, Villa Monastero 2007, Milano 2008; S. CASSESE, *L'ideale di una "buona amministrazione"*, Napoli 2007; D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli, Padova 2007, vol. IV, p. 447 ss. e, in una prospettiva anche comparata, Id., *L'avvicinamento del procedimento amministrativo a quello giurisdizionale anche alla luce della esperienza propria di altri ordinamenti giuridici*, in *Nuova rassegna*, n. 8/2006, p. 1103 ss; V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, in S. Raimondi, R. Ursi (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino, 2006; N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*; V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli 2006; M.P. Chiti, G. Palma (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli 2006; F. MASTRAGOSTINO, *La riforma del procedimento amministrativo e i contratti della p.A (Considerazioni sull'art. 1, comma 1 bis della legge 241/1990 e ss. mm.)*, in *www.lexitalia.it*, n. 4/2006; P. CARPENTIERI, *Autorità e consenso nell'azione amministrativa* in *www.giustamm.it*. n. 9/2005; P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato dell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova 2005; V. CERULLI IRELLI, *Brevi considerazioni sugli effetti della nuova disciplina sull'azione amministrativa in ambito processuale*, *www.astrid-online.it*, 13, 2005; F. Caringella, D. De Carolis, G. De Marzo (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano 2005; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La presente rilevanza del ruolo dell'interesse pubblico dopo la l. 15/2005 e la sua effettiva consistenza*, in Id. (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005; G. DE MARZO, *Attività consensuale e autorità autoritativa della P.A.*, in *www.dottrinaediritto.ipsoa.it*, 4, 2005; M. R. SPASIANO, *L'interesse pubblico e l'attività della p.a. nelle sue diverse forme alla luce della novella della l. 241 del 1990*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2005; F. TIGANO, *Amministrazione, Costituzione e buon andamento: profili della nuova legalità amministrativa*, Messina 2002.

comune, tende allo stesso incremento dei confini del potere, anche quando l'ordinamento generale si limita a prefigurare e talvolta ad istituire un puro e semplice nuovo servizio, non già nuove competenze per l'esercizio di funzioni pubbliche; e giunge talora ad ostacolare -fino ad escluderla- la paritarietà di condizione giuridica, persino nel servizio pubblico, nel rapporto con il cittadino-utente.

Per quanto impegno si ponga, in dottrina e talora nella stessa classe politica, nel preservare, almeno in alcuni settori, la prospettiva di un diritto amministrativo paritario, in realtà mai si riesce a raggiungere un vero progresso su questa strada, se non per altra ragione, almeno perché la formula, assai sperimentata sin dalle prime mosse dell'organizzazione pubblica contemporanea, dell'incremento costante dell'attribuzione *ex lege* di nuovi compiti e di nuovi poteri agli organi amministrativi ha reso complice il Parlamento italiano di un crescente fenomeno di squilibrio del rapporto tra libertà e autorità, a vantaggio, com'è evidente, della seconda.

È, del resto, dalla stessa presenza di un pluralità di valori ultimi nel panorama della comunità vivente nello Stato contemporaneo che deriva la frequenza della nascita di conflitti tra portatori di interessi commisurati ed orientati verso uno o alcuni di quei valori, che può tuttavia incontrare contrapposizione in un altro.

È stato osservato che il nostro sistema giuridico, retto da una Costituzione derivata da compromessi ideologici (ma di alto livello), contiene una pluralità di valori ultimi⁴².

D'altra parte, è almeno parzialmente vero che «per i giuristi ... ciò che davvero importa non è tanto l'unicità o la pluralità dei valori ultimi, quanto il loro possibile conflitto»⁴³. Ancor più alla base, il filosofo osserva che «gli obiettivi umani sono molteplici, non tutti commensurabili e in perpetua rivalità l'uno con l'altro»⁴⁴ e che «alcuni dei Grandi Beni non possono convivere. Questa è una verità concettuale»⁴⁵.

Ma proprio per questi motivi, per tornare al livello giuridico, l'eccesso di organizzazione finalistica nello Stato amministrativo induce ben presto il bisogno di funzioni neutrali, bisogno che si accresce a misura dell'estensione e della profondità, fino alle radici della comunità, della funzione amministrativa da esercitare mediante gli appositi poteri attribuiti dalla legge.

⁴² Cfr. N. BOBBIO, *Sui criteri per risolvere le antinomie*, Torino, 1967, anche in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 99.

⁴³ Cfr. M. BARBERIS, *Il lessico del dissenso*, in *Ragion pratica*, ediz. Il Mulino, 26 giugno 2006, p. 49.

⁴⁴ I. BERLIN, *Due concetti di libertà* (1958), trad. it., Milano, 1989, p. 76.

⁴⁵ I. BERLIN, *La ricerca dell'ideale* (1988), trad. it. in Id., *Il legno storto dell'umanità. Capitoli di storia delle idee*, a cura di H. Hardy, Milano, Adelphi, 1994, p. 34.

La legificazione della discrezionalità amministrativa, il favor per il diritto privato e le conseguenze sulle funzioni amministrative

Sommario: 1. *La riduzione ope legis della discrezionalità amministrativa e l'invasione costante dell'esecutivo.* 2. *Le prospettive del nuovo rapporto tra amministratori e amministrati: l'art. 118, quarto comma, Cost. 2.1. Welfare e "creazione" dell'interesse sostanziale nell'area contrattuale. Conseguenze sulla funzione neutrale.* 3. *Funzione neutrale, certezza e affidabilità.* 4. *La funzione di produzione di certezza.* 5. *La neutralità della funzione di produzione delle certezze nel dibattito dottrinario.*

1. La riduzione ope legis della sfera discrezionale dell'amministrazione e l'invasione costante dell'esecutivo

Nello Stato amministrativo è, ormai da tempo, più che evidente la tendenza verso una progressiva riduzione della sfera discrezionale dell'amministrazione¹; è proprio il Governo che tende, sempre più spesso -come è noto- a favo-

¹ Sulla riduzione della sfera pubblica, M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino 2000, che analizza i diversi periodi caratterizzati dall'espansione e dalla contrazione del pubblico nel mercato e nelle forme autonome di determinazione dei rapporti tra soggetti. Ma v. M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.* 2002, p. 169 ss., il quale, piuttosto critico sull'affermazione dell'arretramento della sfera pubblica rispetto a quella di diritto privato, osserva che "con riferimento al pubblico "regolatore" parrebbe vero il contrario: il sorgere di nuovi interessi della collettività ha determinato l'espansione dell'attività pubblica diretta alla loro protezione. A volte ciò ha addirittura indotto la creazione di nuovi enti esponenziali dei nuovi interessi ed ha determinato un aumento del pubblico come soggetto". Cfr. ancora G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011; G. COFRANCESCO, F. BORASI, *Il potere tecnocratico*, Torino 2013; F. LIGUORI, *Notazioni sulla presunta fine del dualismo tra pubblico e privato*, in *www.giustamm.it*, n. 3/2014. Evidenza E. SCOTTI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in *www.federalismi.it*, n. 16/2016 che "se già sul terreno teorico si riscontra un'evidenza critica rispetto a queste forme di iperregolamentazione che tendono al soffocamento della ragionevolezza e della razionalità operativa, è sicuramente un dato di fatto che la compressione dell'autonomia dell'amministrazione non ha dato i frutti sperati; sicché si torna oggi da più parti a

rire la traduzione in legge di scelte² che avrebbero potuto anche esser lasciate

riflettere nuovamente sul ruolo di tale autonomia e sull'esigenza di un suo rafforzamento", riferendosi alle impostazioni di Alb. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 111 ss.; Id., *Introduzione*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna 2005, cit., p. 43, nonché di A. CIOFFI, *Il problema della legalità nell'ordinamento amministrativo*, Padova 2012; F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli 2012; E. SCOTTI, *Silenzio-assenso e discrezionalità tra legalità e autonomia. La lezione istituzionale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli 2011, II, p. 944 ss.

In una prospettiva comparata con l'ordinamento spagnolo L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e ordine giuridico della società*, "Contributo per la conferenza e la discussione conclusiva dell'anno 2012/2013 del Seminario de *derecho administrativo* Eduardo García de Enterría", in *Dir. amm.*, n. 3/2013, p. 309 ss. ove l'a. utilizza il concetto di equità come clausola capace di delimitare la discrezionalità dell'amministrazione: "una volta delimitato il concetto di equità agli usi giuridicamente accettabili e rilevanti, nello specifico del diritto amministrativo, essa è costantemente applicata come clausola generale rilevante -oltre che sul versante dell'opportunità- in ordine alla legittimità del provvedimento amministrativo, sicché ne discende che essa compone la fattispecie legale attributiva di potere" (p. 394), e "non sembra inopportuno vedere nell'equità una di quelle clausole generali che operano in modo estroflesso, richiedendo l'integrazione del comando legale attraverso il rinvio a regole dell'ordine giuridico della società" (p. 399).

In giurisprudenza si veda TAR Lazio, Roma, sez. III, sent. 12 settembre 2016 in tema di abilitazione scientifica nazionale, per il quale la commissione nazionale di abilitazione "nominata secondo una complessa procedura per ciascun settore concorsuale" esprime "valutazioni...improntate esclusivamente a criteri di discrezionalità tecnica", trattandosi di un organo collegiale chiamato a formulare un giudizio prettamente tecnico sull'idoneità dei candidati".

² Anche in tema di lotta alla corruzione, la riduzione della sfera discrezionale dell'amministrazione è stata considerata una mossa strategica, tanto che nell'ultimo ventennio, nel settore dei contratti pubblici è stato avviato un processo di irrigidimento delle procedure amministrative, con privazione della discrezionalità amministrativa e la creazione di automatismi per l'aggiudicazione dei contratti. Cfr. in questo senso G. FIDONE, *Prevenzione della corruzione nella riforma della p.a. e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, rintracciabile in www.italiadedecida.it/documenti 2015, *Relazione* al Convegno su Contratti pubblici e corruzione, lunedì 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo - Camera dei deputati.; F. LOMBARDO, *Il rischio di corruzione negli appalti pubblici dal punto di vista della magistratura contabile*, 18 marzo 2016, consultabile in www.cameraamministrativaromana.it.

Ancora, una significativa restrizione della discrezionalità dell'amministrazione può rintracciarsi nell'esercizio del potere di autotutela, sempre ritenuto caratterizzato da ampia discrezionalità. Si vedano in proposito le riflessioni di A. CARBONE, *Il termine per esercitare l'annullamento d'ufficio e l'inannullabilità dell'atto amministrativo*, in www.giustamm.it, n. 11/2016 il quale rileva come "l'aspetto discrezionale del potere di annullamento d'ufficio, peraltro mai del tutto pacifico, sia stato accantonato per specifiche fattispecie ove si è affermata la doverosità del suo esercizio, con parti-

agli uffici e agli organi amministrativi competenti³: tanto da indurre alcuni

colare rilievo in relazione alle esigenze derivanti dal dovere di applicazione del diritto comunitario; e anche accedendosi -come pare preferibile- alla tesi per cui, in tali casi, la doverosità è data dal particolare atteggiarsi dell'assetto di interessi nel caso concreto, rimane comunque un'indubbia compressione del potere discrezionale dell'amministrazione, che potrebbe far pensare ad un certo, seppur limitato, avvicinamento sotto tale profilo al potere di annullamento giurisdizionale (la cui vincolatezza, peraltro, non pare più così scontata); avvicinamento che comunque non sarebbe tale da incidere sulla distinzione tra i due poteri da un punto di vista funzionale. In questo quadro, gli interventi che da ultimo si sono registrati sull'art. 21 *nonies* si collocano nel solco di una ulteriore limitazione della discrezionalità del potere di annullamento, sia pure in una direzione opposta rispetto a quella di cui si è appena dato riscontro: non, cioè, volti a rendere maggiormente vincolata la decisione nel senso dell'annullamento dell'atto, ma, invece, diretti ad evitare che tale annullamento possa essere in ogni caso posto in essere". Esplicativo sul punto il commento alla novella di F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2015, secondo il quale "la previsione di un termine certo e breve per l'esercizio del potere è incompatibile con l'affermazione dell'immanenza ed inesauribilità del potere e mette pertanto in crisi la ricostruzione teorica tradizionale che in tale affermazione trova il fondamento giustificativo del potere di autotutela. In nome dell'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici il potere di autotutela viene adesso talmente circoscritto nei presupposti del suo esercizio da risultare non più spiegabile come un potere generale, immanente ed inesauribile; ma come un potere spendibile unicamente nei modi e nei termini in cui il legislatore lo consente". S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli 2015.

Cfr., sul punto, gli scritti fondamentali di E. CANNADA BARTOLI, *Sulla discrezionalità dell'annullamento d'ufficio*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, II, pp. 562 ss.; Id., *Annulabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1959, pp. 487-489, il quale considerava il potere di annullamento d'ufficio del tutto discrezionale, criticando il rilievo che alla ponderazione degli interessi dava la giurisprudenza amministrativa; non lo ritenevano discrezionale, ma soltanto con riferimento ai poteri di controllo in senso proprio SANTI ROMANO, *Annullamento (Teoria dell') nel diritto amministrativo*, in *Nuovo Dig. it.*, I, Torino, 1937, p. 474; G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 153 ss. Affermavano invece che l'annullamento d'ufficio fosse da considerarsi doveroso e per nulla discrezionale, in ragione del rispetto del principio di legalità V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939 pp. 256 ss.; o per l'insita difformità dall'interesse pubblico di un atto illegittimo E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, pp. 89-90; spunti in tal senso si rinvencono per il caso di istanza del privato, in quanto onere di buona amministrazione, in R. RESTA, *L'annullamento d'ufficio di atti amministrativi come onere di buona amministrazione*, in *Foro amm.*, 1937, I, 1, cc. 121 ss.

³ In proposito, Alb. ROMANO, *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive*, cit. p. 405 ss., ritiene anzitutto che le amministrazioni sono soggetti istituiti "per il perseguimento di scopi di interesse collettivo, o sociale, e più significativamente pubblici". Ne deriva che la regola del loro agire è la necessaria corrispondenza

studiosi a ricercare un confine tra la funzione legislativa e quella dell'esecutivo, in particolare a costruire la c.d. riserva amministrativa⁴ contro la quale

delle scelte che tali amministrazioni compiono, nell'esercizio dei poteri attribuiti loro dall'ordinamento generale. Rispetto alle suddette finalità pubblicistiche, nel ricordare che questa regola essenziale del loro agire può essere sintetizzata nel principio di funzionalità, principio che vincola anzitutto l'apprezzamento discrezionale lasciato all'amministrazione, Romano osserva che "l'intera area devoluta alla discrezionalità amministrativa tende a ridursi: per la pleora sempre crescente delle disposizioni che disciplinano l'esercizio dei poteri unilaterali, per di più distribuite in moltiplicati livelli e competenze: leggi -almeno in senso formale-, statuti, regolamenti delle amministrazioni medesime, ma anche statali ed ora pure regionali" (p. 441).

⁴ F. CINTIOLI, *La riserva di amministrazione e le materie trasversali: "dove non può la Costituzione può la legge statale?"*, in www.giustamm.it 2008. Sul tema di base, *amplius*, cfr. D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano 1996. Si veda anche F. SCALIA, *Profili problematici del rito sul silenzio dell'amministrazione nella prospettiva della dell'effettività e pienezza della tutela*, in www.federalismi.it, 10 agosto 2016, ove si richiama l'impostazione di A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, in Alb. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit. per il quale nel rapporto tra giurisdizione e amministrazione in tema di giudizio sul silenzio, vi sarebbe più che una riserva, una preferenza di amministrazione poiché l'ordine di provvedere sarebbe dotato di un vincolo conformativo, senza però assorbire il potere amministrativo di valutare il merito, "giacché l'amministrazione ha il potere di riprovedere sull'affare in modo diverso, ma con un vincolo di motivazione che verterà sul distacco dal vincolo delineato dal giudice".

Nella giurisprudenza più recente, si occupano in vario modo della riserva di amministrazione -per lo più per escludere la possibilità che il giudice condanni direttamente in sede di cognizione l'amministrazione a emanare *tout court* il provvedimento- Corte cost., sentenza 22 novembre 2016; Cons. Stato, sez. IV, sentenza 19 settembre 2016 n. 3905; Cons. Stato, sez. IV, sentenza 4 marzo 2016 n. 888; Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507; Cons. Stato, sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491. Si veda anche TAR Marche, sez. I, sentenza 15 aprile 2016 n. 245 con la quale si dichiarano illegittimi alcuni provvedimenti adottati dalla Regione Marche per il parziale recupero degli indennizzi corrisposti, nel periodo 2005-2013, agli agricoltori -ai sensi della L. reg. 20 febbraio 1995, n. 17 (recante "Interventi e indennizzi per danni causati al patrimonio zootecnico da specie animali di notevole interesse scientifico e da cani randagi")-, poiché i predetti indennizzi sarebbero da considerarsi aiuti di Stato e non risarcimenti ai sensi dell' 108 TFUE, norma secondo la quale "sussiste la competenza esclusiva della Commissione UE a valutare la compatibilità degli aiuti di Stato"; "analoghe possibilità di indagine", prosegue il giudice marchigiano, "e di valutazione non può certo avere un ente di rango sub-statale, qual è la Regione, se non altro perché non dispone di tutti i dati all'uopo occorrenti". Si rileva, in particolare, che "questa vera e propria "riserva di amministrazione" prevista in favore della Commissione Europea obbedisce ad esigenze di certezza del diritto, di tutela dell'affidamento dei singoli e di parità di trattamento dei soggetti che dovessero essere destinatari di una decisione di recupero e va affermata anche alla luce dell'ampio potere discrezionale di valutazione che le pertinenti norme del Trattato e del Reg. n. 659/1999 attribuiscono alla stessa

parte notevole della dottrina si era espressa criticamente, intendendo riconoscere la discrezionalità del legislatore come qualificazione insostituibile della fonte primaria -in quanto tale- dell'ordinamento; anzi, contrapponendo alle teorie concentrate sulla necessità di protezione della funzione amministrativa almeno nei suoi confini tradizionali dello Stato amministrativo, la prospettiva -ritenuta sempre più concreta- della riduzione della sfera pubblica, in particolare dell'attività discrezionale degli organi amministrativi⁵.

Commissione". Cfr. S. LUIGINO, *La fusione dei Comuni come opportunità di rilancio del sistema delle autonomie locali territoriali*, in *www.lexitalia.it*, n. 10/2015, il quale sottolinea come "dalla giurisprudenza costituzionale si ricava che, se è vero che non è configurabile, in base alla Costituzione, una riserva di amministrazione, è pur vero che lo stesso legislatore, qualora emetta leggi a contenuto provvedimento, deve applicare con particolare rigore il canone della ragionevolezza, affinché il ricorso a detto tipo di provvedimento non si risolva in una modalità per aggirare i principi di eguaglianza ed imparzialità. In altri termini, la mancata previsione costituzionale di una riserva di amministrazione e la conseguente possibilità per il legislatore di svolgere un'attività a contenuto amministrativo, non può giungere fino a violare l'eguaglianza tra i cittadini. Ne consegue che, qualora il legislatore ponga in essere un'attività a contenuto particolare e concreto, devono risultare i criteri ai quali sono ispirate le scelte e le relative modalità di attuazione".

⁵ Il riferimento è anzitutto, sul punto specifico, alle impostazioni di G. GUARINO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970, ma sul tema generale v. anche Id., *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Enc. dir. terz.*, n. 1/1992, 7 ss. e C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico* (ed. curata e aggiornata da F. Mastragostino, G. Baldassarre, F. Modugno), Padova 1991.

Nel rilevare l'oggettivo mutamento nell'amministrazione nel senso della riduzione della sfera pubblica G. PASTORI, *Prospettive attuali del diritto amministrativo*, in G. Palma (a cura di), *Lezioni*, Napoli 2007, 387 ss. ricerca le cause nella circostanza per la quale "un'amministrazione pensata come manifestazione del governo e del potere di autorità ha ingenerato spesso nelle persone che vi hanno operato e che vi continuano ad operare un *ethos* di tipo burocratico. Occorre che l'*ethos* di chi opera nell'amministrazione si trasformi da *rule oriented*, cioè orientato alla regola, a *goal oriented*, ossia orientato al risultato, quindi un'etica del servizio, un *ethos* di tipo democratico paritario". Sul punto si veda G. CORSO, *Attività amministrativa consensuale*, in G. Palma (a cura di), *Lezioni, cit.*, 159 ss., il quale descrive la vicenda della riduzione della sfera pubblica, incentrando l'analisi sull'uso del contratto in sostituzione del provvedimento, impostandola in questi termini: "l'amministrazione ricorre al contratto non soltanto per acquisire beni e servizi, ma anche in relazione all'esercizio dei poteri amministrativi: di quei poteri che per definizione hanno carattere unilaterale. La vicenda può apparire singolare. Il potere amministrativo viene conferito, infatti, per raggiungere obiettivi che il contratto non consentirebbe di raggiungere. Se ciascun proprietario fosse disponibile a vendere al Comune il terreno necessario per realizzare una strada pubblica, non ci sarebbe bisogno dell'espropriazione. È possibile tuttavia che nel caso concreto il proprietario o i proprietari siano disposti a vendere tutto il terreno necessario. Perché allora ricorrere all'espropriazione, con tutte le complicazioni

Si collocano in questo quadro le leggi-provvedimento⁶ che sostituiscono talora provvedimenti, soprattutto regionali, già impugnati e talora persino annullati dai giudici amministrativi, prassi, questa, evidentemente deleteria, perché apertamente elusiva della reale consistenza delle garanzie di buona amministrazione che la Costituzione offre ai cittadini come flusso continuo di attività tese al loro benessere (si fa riferimento ai compiti di benessere di sandulliana memoria) proveniente dai pubblici uffici; inoltre le espropriazioni per pubblica utilità approvate con legge speciale e, più in generale, il cennato fenomeno -peraltro in fase evolutiva- della legificazione di spazi in precedenza lasciati alla discrezionalità amministrativa.

Questi dinamismi propri dell'ordinamento generale -che appaiono fonti e al contempo applicazioni di fasi involutive dell'ordinamento stesso- sono sintomatici di una sostanziale patologia emersa nell'ambito dell'esperienza giuridica: infatti, alla loro base è inevitabilmente presente la scarsità di ragioni sufficienti per accordare fiducia, nel caso concreto, all'amministrazione. Si dubita -da parte della maggioranza che governa- del risultato che i suoi provvedimenti potrebbero/dovrebbero conseguire, dunque si tende a ridurre progressivamente il campo della discrezionalità amministrativa, passando per una cospicua regolamentazione nei diversi settori⁷.

che il relativo procedimento comporta ... se lo stesso obiettivo può essere conseguito, con una economia di tempo, con una serie di atti di compravendita?.". Sul punto si veda anche A. NEGRELLI, *Economia di mercato e liberalizzazioni: le (principali) ricadute sul sistema amministrativo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 3/4 2013; R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino 1998; G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.* 1999, p. 383, il quale rileva, in tema di concessioni-contratto, che esse sono manifestazioni di potestà amministrativa almeno per tre ordini di ragioni: "a) perché comportano il trasferimento temporaneo di compiti riservati all'Amministrazione; b) perché hanno ad oggetto attività sottratte alla comune circolazione giuridica; c) perché sono caratterizzate da una "costante disponibilità del rapporto... per garantire lo svolgimento dello stesso sempre conforme alle esigenze di interesse pubblico, ancorché mutevoli nel tempo".

⁶ F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove Autonomie*, 3-4/2008, p. 335 ss., osserva che "il problema della semplificazione amministrativa non è un problema della pubblica amministrazione, ma un problema del legislatore" (p. 338) attesa la tendenza all'ipertrofia legislativa (sulla scorta dell' "assioma che ciò che è legale ... diventa anche reale") che si traduce in un sovradimensionamento del profilo organizzativo e funzionale dell'amministrazione "quando il legislatore non amministra direttamente con le leggi provvedimento"

⁷ Sull'eccesso di regolamentazione e sull'incerto successo della semplificazione, nonché sulla pessima qualità delle regole, cfr. M. AINIS, *La semplificazione complicante*, in *www.federalismi.it*, n. 18/2014; V. LOPILATO, *Tutela pubblica e privata della concorrenza*, in *www.giustamm.it*, n. 6/2014; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *www.giustamm.it*, n.5/2016.

Si pensi alla funzione pubblica di produzione delle certezze (cui si dedicheranno alcune considerazioni *infra*, paragrafi 4 e 5), caratterizzata dalla totale assenza di discrezionalità (se non strettamente tecnica e anch'essa solo sul piano organizzativo dell'esercizio e sulla scelta del tempo più opportuno per il suo svolgimento), poiché diretta alla creazione di certezze nella vita sociale ed economica della collettività, seppure si tratti di certezze, per così dire "sogettivizzate" dalla loro creazione da parte di un'autorità pubblica⁸:

Sulla delocalizzazione "topografica" dei centri di imputazione della regolamentazione si veda B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi*, Bologna, 2011 e S. CASSESE, *L'Italia: una società senza Stato?*, Bologna, 2011. Si veda inoltre G. NAPOLITANO - M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009; G. NAPOLITANO, *Dal diritto pubblico dell'economia all'economia del diritto pubblico*, Milano, 2008, p. 213 ss. e L. VIOLANTE, *La fabbrica delle regole*, in *www.federalismi.it*, n. 11/2009, il quale rileva, appunto, che "sempre meno spesso le regole che riguardano in concreto la comunità nazionale, e che hanno forza di legge, provengono dal Parlamento e sempre più spesso provengono o dal Governo o da sedi sprovviste di responsabilità politica"; Cfr. ancora, L. GIANI, A. POLICE, *Le funzioni di regolazione del mercato* in di F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino 2008, Parte 7, p. 497 ss.

La regolazione del mercato prevista dal nostro ordinamento può forse assimilarsi, almeno in prima approssimazione, alla *regulation* statunitense, cioè a quell'attività svolta dalle *Agencies* che adottano norme scaturenti da un apprezzamento di opportunità gestionale e dalla consapevolezza della necessità di sottoporre -per le esigenze valutate- una serie di comportamenti potenzialmente dannosi per l'interesse pubblico a regole rigide non contestabili dinanzi al giudice dei rapporti intersoggettivi ma, come le leggi ordinarie approvate dal Parlamento, soltanto nella loro eventuale incostituzionalità. Le agenzie statunitensi impongono anche esecutoriamente l'applicazione delle norme in tali circostanze venute alla luce, esercitando in caso di trasgressione, poteri amministrativi e giustiziali: occorre subito sottolineare che il passaggio alla *regulation*, sebbene comparato al dirigismo possa essere percepito come un fenomeno di *deregulation*, non segna, in realtà, la scomparsa degli interventi autoritativi dello Stato nel settore dell'economia, bensì soltanto l'assunzione di nuovi modelli di intervento, maggiormente ispirati, potrebbe dirsi, alla filosofia nordamericana, incentrata sull'iniziativa economica privata. Ma, occorre sin d'ora rilevare che, seppur sospinto dalle medesime esigenze, l'ordinamento nordamericano ha effettuato una precisa scelta di ridurre al minimo l'intervento dello Stato nell'economia privata, avviando una regolazione amministrativa del mercato caratterizzata dall'istituzione delle prime *Independent Regulatory Commissions* (la prima, istituita nel 1887, era incaricata della gestione delle ferrovie, al fine di bilanciare le esigenze degli agricoltori vessati dall'eccessivo costo del servizio di trasporto delle merci su rotaia); gli ordinamenti europei, viceversa, tentarono di rispondere alle medesime esigenze attraverso un ampio processo di municipalizzazione e/o statizzazione dei servizi pubblici.

⁸ Nell'analizzare il processo evolutivo che ha caratterizzato il pensiero giuridico della dottrina in punto di produzione di certezze da parte dei pubblici poteri, L. DONATO, *Le autocertificazioni tra verità e certezze*, Napoli 2015, p.17, osserva come la dottrina sia giunta a sostituire al concetto di verità quello di (presunzione di) certezza,

necessariamente la produzione di certezze impone una riduzione considerevole della discrezionalità, poiché il suo valore convenzionale di “verità” si produce in conseguenza della natura giuridica pubblica del soggetto che produce la certezza. D’altro canto, la stessa istituzione dell’ente pubblico destinato a produrre certezze trova fondamento nell’esigenza di garantire l’interesse di chiunque alla conoscenza, poi all’utilizzo di dati certi poiché certificati come tali dall’ente stesso che ne garantisce l’autenticità, dati che sono neutri rispetto agli interessi che si intrecciano intorno ad essi.

La neutralità, infatti, è funzione che può incontrare un’adeguata garanzia di concreta utilità -almeno allo stato del diritto positivo- soltanto nella sfera pubblica; va anzi osservato in materia che la tendenza alla legificazione della discrezionalità amministrativa si risolve nella necessaria premessa per il corrispondente fenomeno dell’affidamento al privato dell’esercizio di funzioni pubbliche, finalizzate al conseguimento degli effetti prodotti nell’ordinamento dalla norma attributiva del potere, tuttavia scevre dalla “contaminazione” della tutela di un interesse sostanziale a contenuto economico o comunque costituente un bene finale.

La discrezionalità, peraltro, si dilata -per così dire sprigionando una sua forza intrinseca- in conseguenza di fenomeni indotti dall’evoluzione dei rapporti giuridico - sociali della comunità, soprattutto nella competizione industriale e commerciale a livello europeo ed internazionale, dove il Governo e le *holding* che esso dirige sono chiamati a scelte continue che legificare non si potrebbero in alcun caso.

Né si può sostenere che l’autoproduzione di discrezionalità amministrativa si concentri soltanto in settori determinati. Anche le scelte di finanza pubblica, quelle che riguardano la riduzione dei costi -su di essa gravanti- dei servizi pubblici -si pensi alla salute, alla pubblica istruzione, ecc.- e della manutenzione dei beni pubblici -si pensi a quella dei beni culturali, alla legge speciale per Pompei-, delle innumerevoli autostrade del nord Italia, evolvono con l’affermarsi di bisogni comuni a tutti i cittadini -servizi universali- o alla maggior parte di essi.

In realtà, è agevole rilevare che la loro organizzazione quotidiana è affidata alla discrezionalità dell’amministrazione governativa quanto agli aspetti generali, programmatori e pianificatori, e a quella “tecnica” affidata ai *manager* pubblici: è, dunque, nell’esercizio delle vere e proprie potestà amministrative che l’ordinamento mostra la tendenza alla restrizione del campo del provvedimento retto dal diritto comune a vantaggio di quello del mero atto di esecuzione della legge.

poiché si tratta di certezza fornita dai pubblici poteri. L’ordinamento giuridico ha creato procedimenti di oggettivizzazione delle certezze, necessari a fondare il “transito” dalla verità alla certezza; procedimenti che riguardano “tanto il soggetto deputato alla creazione di certezza, quanto le modalità di formazione di quest’ultima”.

La scena seguente presenta il Parlamento, la Corte costituzionale, il Presidente della Repubblica, la Magistratura amministrativa ed ordinaria che invadono il campo dell'esecutivo per compensare con un'azione *extra ordinem*, tuttora per buona ventura non frequentissima, l'assenza di risultati che deriverebbero -anche senza formali violazioni di norme dettate per regolare nel segno dell'efficacia l'esercizio del potere- dall'iniziativa e dalle attività squisitamente amministrative.

Traspare il sospetto, dunque, *ex ante* di inadeguatezza a fronteggiare le spinte talora legittime, altrimenti immeritevoli di riconoscimento e tuttavia troppo "forti", con le quali si manifesta il conflitto tra interessi e vari controinteressi privati e pubblici: in tal modo la discesa in campo di altri pubblici poteri sarebbe giustificabile dal profilo dommatico della necessità di garantire il risultato nell'interesse pubblico, ma la pubblica amministrazione rivela la sua debolezza, visto che è stato il legislatore a dover assumere un'iniziativa *extra ordinem* che, qualora concretasse una prassi costante, rappresenterebbe in sé la crisi finale di quello Stato amministrativo che pure lo stesso Parlamento per lunghissimi periodi aveva curato di "supportare"⁹.

⁹ Su questi temi cfr. F. MERUSI, *Variazioni su crisi economica e regolazione*, in *Diritto dell'economia* 2010, p. 623 e, in piena crisi globale, G. NAPOLITANO, *Introduzione e Conclusioni, Espansione o riduzione dello Stato? I Poteri pubblici di fronte alla crisi*, in Id. (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna 2012, p. 471 ed i contributi ivi contenuti di G. FONDERICO G. VESPERINI, *Il salvataggio pubblico delle banche*, p. 17; M. DE BELLIS, *La riforma della regolamentazione e della vigilanza finanziaria*, p. 73; E. CHITI, *Le architetture istituzionali della vigilanza finanziaria*, p. 57; A. TONETTI, *Gli aiuti alle imprese e il rilancio dell'economia*, p. 197; L. FIORENTINO e L. SALTARI, *Le politiche di concorrenza: dallo "stallo" al rilancio*, p. 251; H. CAROLI CASAVOLA e M. CONTICELLI, *Le protezioni sociali alla prova*, p. 23; F. DI MASCIO e A. NATALINI, *La riduzione della spesa pubblica e la riforma amministrativa*, p. 345; G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governante europea*, p. 383; L. CASALINI - F. ALBISSINI - E. CAVALIERI, *Le istituzioni della globalizzazione*, p. 245; G. PITRUZZELLA, *Crisi economica e decisioni di governo*, Relazioni al XXVIII Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, in *Rivista AIC*, n.4/2013.

Sulla politica economica di *austerità* accolta in Europa e sull'impatto sulle funzioni di benessere, cfr. I.M. MARINO, *Crisi economica e crisi dello Stato del benessere*, XIX Convegno italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo, *Universidad San Pablo*, Madrid, 10-20 ottobre 2012. Nello stesso convegno si è fatta strada l'ipotesi che non si tratti soltanto della crisi economica, bensì di una crisi dello Stato sociale: v. J. JORDANO FRAGA, *El derecho administrativo de la crisis* e J. TORNOS MAS, *Crisis del Estado del bienestar. El papel del derecho administrativo*, *ivi*; ancora cfr. D. CALDIROLA, *Welfare State tra sovranità e vincoli di bilancio: le ricadute sul principio di sussidiarietà*, in www.federalismi.it, n. 22/2014; C. FRATERRIGO, *Implicazioni della molteplicità di interessi pubblici nel procedimento di autorizzazione alla realizzazione di impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili*, in www.federalismi.it, n. 22/2014.

In termini più semplici, uno Stato a diritto amministrativo come il nostro non versa nella condizione di poter rinunciare alla (o -il che è lo stesso- sottovalutare, omettendo di garantire la) buona amministrazione: eppure spesso si avverte nell'esperienza comune il rischio che il presidente del Consiglio dei ministri ed i singoli ministri, i direttori generali, alcuni tra costoro, i governi e le direzioni amministrative regionali e quelle dei numerosissimi enti locali non esercitino la funzione, il potere pubblico loro attribuito dalle norme di legge secondo le esigenze e con i limiti di quella stessa attribuzione, deviano, viceversa, assai spesso verso l'autocrazia, l'eccesso di potere (ed oltre), venendo meno, nello stesso momento, alle situazioni di doverosità¹⁰ che con-

federalismi.it, n. 2/2015 sul parametro europeo quale limite "eteronomo alla discrezionalità amministrativa in tema di impianti per l'energia rinnovabile.

Anche in tema di corruzione, l'eccesso di regolamentazione è stato talvolta ritenuto un pericolo capace di produrre l'effetto contrario rispetto alla lotta alla corruzione. Si veda, in questo senso, L. DI DONATO, *L'analisi di impatto della corruzione (AIC): un nuovo strumento per i regolatori?*, in *www.federalismi.it*, n. 21/2015, il quale ritiene (sulla scorta delle considerazioni di T. HOPPE, *Anti-Corruption Assessment of Laws -Corruption Proofing- Comparative Study and Methodology*, Regional Cooperation Council, November, 2014 e di R. PELIZZO - F. STAPENHURST, *Corruption and Legislatures*, London, Routledge, 2014) che "una regolazione complicata, oscura e mal coordinata" sia capace di favorire l'aggiramento delle norme e lo sviluppo di pratiche corruttive: "la regolazione può costituire un incentivo diretto alla corruzione o, in altri termini, rappresentare l'origine dei rischi di corruzione, i quali sono identificati nell'abuso della regolazione e nelle sue patologie", poiché l'eccesso di regole potrebbe avere l'effetto di "aumentare il potere discrezionale e burocratico, rafforzare il monopolio e ridurre l'efficacia dei sistemi di *accountability*". Si vedano, tuttavia, le riflessioni di L. GIAMPAOLINO, *Vecchi problemi e nuovi scenari: le «varianti», il «subappalto», le «misure di prevenzione antimafia», dopo il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 convertito nella legge 11 agosto 2014 n. 114 e alla vigilia del recepimento della direttive nn. 22, 23 e 24 del 2014*, in *www.giustamm.it*, n. 12/2014; A CRISMANI, *L'influenza della criminalità organizzata sul libero esercizio dell'azione amministrativa degli enti locali*, in *www.federalismi.it*, n.2/2014; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, n. 6/2016.

Anche B.G. MATTARELLA, *Legge anticorruzione: un'attuazione a regola d'arte per un impianto normativo ancora da perfezionare*, in *Guida al diritto de Il sole-24ore*, n. 31/2013, esprime in linea generale una valutazione positiva sulla legge c.d. anticorruzione, evidenziandone tuttavia alcuni limiti "che derivano dallo scarso realismo dimostrato, ancora una volta, dal legislatore italiano che sottovaluta i problemi di implementazione della legge"; F. MANGANARO, *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, n.11/2014; G.M. FLICK, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015; P. CANAPARO, *L'anticorruzione e la trasparenza: le questioni aperte e la delega sulla riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2016.

¹⁰ In giurisprudenza, sull'insussistenza dell'obbligo di provvedere in caso di istanza volta a sollecitare il potere di riesame, *ex multis*, T.A.R. Campania, sez. II, 10 febbraio

notano, nell'ordinamento amministrativo, la posizione del singolo funzionario sul quale incombono obblighi di servizio da assolvere nell'ambito del dovere di provvedere¹¹.

2016, n. 703; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 29 ottobre 2015, n. 283; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Calabria, sez. II, 09 ottobre 2015, n. 1553; T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 05 ottobre, 2015, n. 380, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*, nonché T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 08 luglio 2015, n. 1679, in *Foro amm.*, 7-8/2015, 2121. Cfr. anche, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 9 giugno 2015, n. 8108, in *www.giustizia-amministrativa.it*, a tenore del quale “I poteri amministrativi di autotutela sono espressione dell’esercizio di un potere tipicamente discrezionale e, pertanto, ad eventuali istanze volte a sollecitare l’esercizio di siffatto potere non può che essere riconosciuta una funzione meramente sollecitatoria, inadeguata a determinare l’obbligo di provvedere e, quindi, a configurare ipotesi di silenzio - inadempimento, utili per la proficua proposizione del rimedio giurisdizionale offerto dall’art. 117 c.p.a. Più in particolare, è certamente da escludere la sussistenza di un obbligo di provvedere sull’istanza di un privato, laddove questa, volta all’esercizio di un potere di autotutela, abbia ad oggetto un provvedimento già impugnato in sede giurisdizionale e *sub judice* al momento dell’istanza stessa, onde evitare la proliferazione di inutili e dispendiose iniziative giurisdizionali in relazione ad un’unica vicenda sostanziale”. È, del resto, questa la linea di Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2015, n. 2237, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹¹ Sul principio di doverosità si veda, da ultimo, A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull’azione amministrativa*, in Alb. Romano (a cura di), *L’azione amministrativa*, cit., p. 134. “Questo dovere, -osserva l’a.- è rivolto verso un interesse altrui e dunque assume natura di obbligo giuridico” che a sua volta “significa situazione protetta e sanzionabile. Inoltre riferito al silenzio dell’amministrazione obbligo significa che la situazione è a tutela sia dell’interesse pubblico che dell’interesse privato”. Cfr. A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere*, cit., p. 135. Si veda inoltre, Id., *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005. Sul silenzio l’a. richiama F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano 1971 e F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino 1964. Cfr. sul tema il prezioso aggiornamento di M.A. SANDULLI, *Le novità in tema di silenzio*, Libro dell’anno di diritto 2014, in *www.treccani.it*, la quale rileva come l’intento semplificatore che ha mosso il legislatore nella redazione delle norme sul silenzio dell’amministrazione, comporti, in realtà una sorta di aggravamento per il destinatario del provvedimento, riversandosi “sull’istante la responsabilità della verifica dell’effettiva sussistenza dei presupposti per l’effettiva formazione del titolo, viepiù grave a fronte di un contesto normativo e giurisprudenziale tutt’altro che chiaro ed univoco”. Nello stesso senso, G. VESPERINI, *Quale riforma per le autorizzazioni amministrative?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2016, 153 e ss. Non mancano in dottrina critiche sulla disciplina del silenzio che spesso sembra creare confusione tra l’inadempimento dell’amministrazione ed il semplice diniego silenzioso. Si vedano in proposito le riflessioni di G. GRECO, *La SCIA e la tutela dei terzi al vaglio dell’Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *www.giustamm.it*, n. 3/2011: l’a. intende “fornire una ricostruzione dell’istituto compatibile con i dati normativi della figura e utile in termini di giustiziabilità delle posizioni coinvolte”, ritenendo (provocatoriamente) utile a tal fine, prendere in considerazione anche la terza

In proposito va avvertito che, a protezione degli interessi materiali qualificati nelle situazioni soggettive dei cittadini, non ci sono soltanto i diritti

via. Ancora sul dovere di provvedere, cfr. M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.* 3/2014, 709 e ss.; A. M. CHIARIELLO, *La doverosità dell'azione amministrativa. In particolare il dovere di provvedere della pubblica amministrazione ed i tentativi di eluderlo*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2014; F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005. In senso assai critico sulle impostazioni che vedono la sussistenza di un diffuso dovere di provvedere, ad es. anche allorché sussistano le condizioni per la formazione legittima del silenzio assenso, cfr. G. BERGONZINI, *Silenzio-assenso ed effetti della domanda dell'interessato: riflessioni critiche*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2012. Si veda anche G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2015. Nella maggior parte dei casi l'esercizio del potere amministrativo appare essere *doveroso*. Così l'art. 2, l. 241/1990 e s.m.i. statuisce che «ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso». Il dovere di attivarsi è pertanto imposto dalla legge o consegue (almeno nella maggior parte dei casi) all'istanza del privato (si pensi ai numerosi casi di autorizzazione, concessione, abilitazione, ecc.), rimanendo del tutto marginali i casi in cui la p.A., pur non essendo tenuta a iniziare un procedimento, decida di avviarlo (si pensi agli atti di secondo grado). Su quest'ultimo tema, più di recente, S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in *www.federalismi.it*, n. 16/2016, evidenza (sulla scorta degli studi di F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, cit. e F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, nonché rinviando a S. TUCCILLO, *Coordinate per uno studio sul carattere doveroso della funzione amministrativa*, in *Nuove Autonomie*, n. 2/2014, p. 233 ss.) come non sia punto necessario ridurre la sfera della discrezionalità amministrativa in ragione della doverosità dell'esercizio del potere, essendo spesso la discrezionalità rafforzata dall'affermazione della doverosità. Cfr. A. TIGANO, *Il "provvedimento semplificato" fra accelerazione del procedimento e obbligo di corrispondenza fra chiesto e pronunciato*, cit.; Id., *Brevi considerazioni sul rapporto procedimento-processo in tema di silenzio inadempimento*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. III, Torino, 2016, 2395 ss.; S. TUCCILLO, *Coordinate per uno studio sul carattere doveroso della funzione amministrativa*, cit.; da ultimo, ID., *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli 2016; N. POSTERARO, *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della p.a.*, in *Foro amm.*, 2015, 2676 ss., ove si offre una disamina delle circostanze che ostano all'applicabilità dell'art. 2 della l. 241 del 1990 alle istanze volte a sollecitare un potere ufficioso; G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi alla relativa violazione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015.

In giurisprudenza, da ultimo cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 febbraio 2016, n. 567; Cons. Stato, Ad. plen. 9 febbraio 2016, n. 2; Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2016, n. 557; Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5; Cons. Stato, sez. IV, 1 luglio 2015, n. 3258; Cons. Stato, Ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8; TAR Lazio, Roma, sez. I, 5 aprile 2016, n. 4110; TAR Lazio, Roma, sez. II bis, 22 marzo 2016, n. 3503.

soggettivi e gli interessi legittimi ma, come la dottrina osserva¹², anche le pure e semplici situazioni di doverosità dell'amministrazione. Né può ritenersi che i doveri -a differenza dei diritti- proteggano sempre interessi alieni: ogni titolare della funzione amministrativa ha, infatti, la titolarità di doveri con i quali l'ordinamento ritiene di poter tutelare proprio quegli interessi e fini, *alias* quello specifico interesse pubblico¹³ oggetto di affidamento agli stessi funzionari, dunque interessi per nulla propri del funzionario ma affidati alla sua competenza all'esercizio della funzione, esercizio il cui successo potrà garantire o favorire avanzamenti di carriera per quel funzionario.

Né può trascurarsi che a tutela di situazioni giuridiche soggettive diverse sono talora riconosciuti gli stessi rimedi: si pensi, per tutti, alla sentenza n. 500/99, con cui le ss.uu. della Corte di cassazione hanno ammesso la risarcibilità non solo dei diritti soggettivi (assoluti e relativi) e degli interessi legittimi, ma, in generale, di qualsiasi situazione giuridica soggettiva danneggiata dalla pubblica amministrazione, incluse le *chances*, la loro perdita e le aspettative con la loro delusione: i mezzi di protezione vengono in gioco quando la situazione giuridica soggettiva è stata lesa o addirittura estinta ingiustamente.

Sembra piuttosto difficile, perciò, individuare il criterio distintivo delle varie situazioni giuridiche soggettive in virtù del rinvio ad un elemento che assume rilievo nella fase *patologica* della *vita* delle situazioni giuridiche soggettive stesse¹⁴.

2. *Le prospettive del nuovo rapporto tra amministratori e amministrati: l'art. 118, quarto comma, Cost.*

Il tema suggerisce un se pur breve accenno alla prospettazione di un nuovo rapporto, peraltro da tempo prefigurato da Benvenuti, Berti e Arena¹⁵ tra amministrati e amministratori, a proposito dello Stato sociale di benessere. Con

¹² Cfr. A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano 2005, p.4 -5.

¹³ Cfr. Alb. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano 1975, nonché Id., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, Alb. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., I, p. 145 ss. Nell'individuare l'assetto prevalente degli interessi impresso dall'ordinamento giuridico, Alberto Romano coglie un'evidente distinzione tra interessi generali ed interessi pubblici particolari e specifici, capaci, questi ultimi, di imprimere, secondo le norme di azione, un vincolo di scopo all'esercizio dei poteri amministrativi.

¹⁴ Cfr. F. VOLPE, *Appunti di un amministrativista per uno studio sulla classificazione delle situazioni giuridiche soggettive*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2011.

¹⁵ Cfr. G. BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus* 2004, p. 171 ss.; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Padova 1994; G. ARENA, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*, Bari, Laterza 2011; Id., *Il valore aggiunto. Come la sussidiarietà può salvare l'Italia*, a cura di G. Cotturri, Carocci 2010.

la formula normativa introdotta in occasione della riforma della Costituzione, realizzata con la nota l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, dal nuovo art. 118 Cost., ult. comma, che fonda la c.d. sussidiarietà orizzontale per regolare le “attività d’interesse generale” intraprese con autonoma iniziativa da “cittadini singoli e associati”, disponendo che siffatte iniziative private devono essere “favorite” da Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni”, pur nella salvaguardia della loro “autonomia”.

Significativa appare la circostanza per la quale quando il principio di sussidiarietà non trovava alcuna sistemazione all’interno della nostra Carta costituzionale (ma soltanto ricavato in via interpretativa dalla norma di cui all’art. 5 Cost., limitatamente, peraltro, all’accezione verticale del principio stesso), Benvenuti ne comprese le potenzialità, allorché, riferendosi alla sussidiarietà di cui all’art. 3 del Trattato sull’Unione europea, ritenne che si trattasse di un rovesciamento di prospettiva che poneva al centro del diritto amministrativo non più il privilegio delle autorità pubbliche, bensì i diritti di libertà dei singoli, cittadini o enti¹⁶.

La costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale ha conferito nuova linfa ad un’amministrazione integrata dai cittadini, inducendo “anche i più nostalgici a prendere atto che in un contesto in cui il privato è preferito al pubblico nell’esercizio delle attività di interesse generale il dogma della pubblica amministrazione è destinato a crollare, trascinando nella polvere anche il principio della separazione dei poteri”¹⁷. Sicché l’introdu-

¹⁶ Cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell’amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova 1996.

¹⁷ In questi termini S. VINTI, *La circolarità del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino 2014, p. 142.

Il terzo settore è stato oggetto di una legge delega (l. 6 giugno 2016, n.106) destinata a “sostenere l’autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l’inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione” (art. 1, 1°co.). La legge delega è stata oggetto di alcuni commenti, già quando essa era ancora in fase di ddl., che si sono soffermati sulla difficoltà di effettiva attuazione della sussidiarietà orizzontale, in ragione della scarsa chiarezza della disciplina dei rapporti tra i soggetti del terzo settore e le pubbliche amministrazioni, oltre che con gli altri operatori economici. Si veda A. ALBANESE, *I rapporti fra soggetti non profit e pubbliche amministrazioni nel d.d.l. di riforma del Terzo settore: la difficile attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Non profit*, n. 3/2014, p. 158 ss., che pone l’accento sulle diverse tipologie di relazione che possono intercorrere fra enti pubblici e soggetti del terzo settore, illustrando come gli organismi non profit svolgano attività che in taluni casi risultano pienamente coerenti con gli interventi che i pubblici poteri sono tenuti a garantire, mentre in altre pongono in essere prestazioni di utilità sociale che, pur non essendo riconducibili a simili interventi, non impediscono comunque all’amministrazione di fornire agli stessi un sostegno. Una simile diversità

zione in Costituzione del principio di sussidiarietà nella sua doppia accezione verticale e orizzontale, obbliga a ricostruire il diritto amministrativo a partire dalle sue basi e a ridiscutere “della stessa distinzione tra diritto pubblico, concepito come diritto dell’ autorità, e diritto privato, concepito come diritto della paritarità”¹⁸: si attribuisce rilevanza al momento oggettivo e funzionale dell’ attività di cura degli interessi collettivi, poiché questa non viene affidata soltanto a “soggetti ed organi a ciò predestinati e inseriti in una trama organizzativa rigida, ma anche a figure cresciute liberamente nella società”, ciò che configura l’ ordinamento amministrativo come “dinamico e aperto: non vi sono soggetti che siano per loro natura amministrativi ed abbiano un titolo di legittimazione loro proprio per abitare nell’ edificio amministrativo. Vi sono soggetti che vi stanziavano in virtù di rapporti o di scelte di finalità o di modi di operare”¹⁹.

Il Parlamento (il referendum indetto il 3 agosto 2001 data la misura addirittura minima della maggioranza parlamentare favorevole alla nuova norma, si è concluso in senso positivo per la conferma della riforma) ha voluto aprire un capitolo rilevante nella fenomenologia del rapporto tra amministratori e amministrati, prevedendo che soprattutto le *onlus*, ma allo stesso modo un cittadino in condizioni economiche favorevoli, possano gestire un tratto di *welfare*, organizzando, con il favore dell’ autorità che precedentemente li gestiva (o che avrebbe dovuto gestire i), servizi d’ interesse generale, dunque soprattutto sociali, che non mancano di dilatarsi nella domanda diffusa di anno in anno e purtroppo in concomitanza alla riduzione della capacità di spesa negli enti di finanza pubblica.

Le statistiche pubblicate in uno studio sul fenomeno economico - sociale del finanziamento da parte dei cittadini italiani delle associazioni del volontariato mediante la riserva a loro favore del 5 per mille del pagamento delle imposte²⁰, dimostrano che nel periodo 2006 - 2011 i contribuenti hanno dedicato

determina, peraltro, una differente incidenza oltre che sulla sfera dell’ azione pubblica, anche sugli strumenti giuridici utilizzati per regolare simili rapporti nei rispettivi casi: se nelle ipotesi del secondo tipo potrebbero risultare sufficienti taluni strumenti “tradizionali” - quali le convenzioni - nelle prime sarebbero al contrario necessari meccanismi volti ad assicurare una maggiore chiarezza di regole.

¹⁸ Così ancora F. BENVENUTI, *Disegno, cit.*, p. 112. È infatti evidente, prosegue l’ a., che se “l’ autorità non proviene dalla natura di un soggetto che la esercita ma soltanto da una qualificazione dell’ ordinamento, l’ atto autoritario non è più necessariamente atto del soggetto pubblico, ma può essere anche atto del soggetto privato” e, soggiunge S. VINTI, *La circolarità, cit.*, p. 143, al contempo, il potere esecutivo, nel privilegiare il momento dinamico operativo di attuazione, a quello statico soggettivo, “è destinato a trapassare la sfera ontologica e quella deontologica”.

¹⁹ Queste le parole di G. BERTI, *Il dedalo amministrativo e il diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena 1996, pp. 296-298.

²⁰ C. GIORGIO e W. TORTORELLA, *5 per mille: democrazia fiscale per il welfare dei Comuni*, in *Amministrare*, n. 2/2014, p. 341.

alle *onlus* (volontariato e associazioni sportive dilettantistiche) il 60% iniziale, fino al 67% finale nel periodo considerato del loro 5 per mille (alla ricerca scientifica dal 13 al 14%, a quella sanitaria dal 13 al 15%, alle attività sociali del Comune di residenza dal 12,60 al 3,50% unico caso di regresso nel sessennio considerato, che si spiega proprio con l'incremento delle "dediche" di sovvenzione direttamente destinate all'attività prevista di interesse generale). Conclude, infatti, lo studio in esame "tale selezione, compiuta dai contribuenti, può essere interpretata come una sorta di 'voto' poiché la scelta allocativa riflette l'opinione dei cittadini in merito ai diversi tipi di funzioni e attività poste in essere dai beneficiari. Una indicazione forse da tener presente"²¹.

²¹ C. GIORGIO e W. TORTORELLA, *5 per mille: democrazia fiscale*, cit., p. 352. Oltre ai riferimenti offerti dalla ricerca agli ordinamenti degli altri Stati europei, assai più rilevanti le norme sulle percentuali del pagamento fiscale in favore delle *public benefit organization* (p. 60): in Ungheria 1% dal 1996, Lituania 2% dal 2002, dal 2006 in Romania, in Polonia dal 2003 l'1%, in Slovacchia il 2%. Nel mondo occidentale il dibattito è poco sviluppato e "rimane legato a forme di finanziamento tradizionale più che altro funzionali alla tutela della libertà di culto.

Nel nostro ordinamento non vige una legge generale sul 5 per mille, ma ogni anno "è istituito e rifinanziato da leggi finanziarie, leggi di stabilità o stabilizzazione dei conti pubblici" (p. 342), gli autori si soffermano sul commento alla Relazione di accompagnamento di una proposta di legge del 2005, la prima portata a favore del terzo settore e delle ricerche scientifiche, nella misura dell'8 per mille, a firma dei deputati Tremonti, Cicchitto, Lupi, Biondi, Ghedini ed altri. Il cinque (non l'otto) per mille è stato introdotto un anno dopo con la legge finanziaria del 2006, n. 266 del 23 dicembre 2005. Sostengono i presentatori della proposta di legge (27.01.05) che "l'otto per mille a favore del terzo settore non sarebbe un costo ma un investimento. Non una spesa, ma all'opposto un risparmio. (...) Oggi il disegno del circuito politico - finanziario è essenzialmente centrale. Si assume infatti che tutto il sociale sia pubblico, che tutto il pubblico si finanzia via bilancio pubblico, che tutto il bilancio pubblico possa decidere solo la politica. (...) Dentro uno scenario politico destinato a farsi in futuro sempre più complesso, la coerenza politica, tra sacrificio fiscale e consenso democratico, può essere data proprio da questo schema. Dallo schema del cittadino che gradualmente diventa padrone della destinazione dell'imposta. Il nuovo 'otto per mille' è coerente con questo schema politico. Il contribuente viene messo nelle condizioni di effettuare una libera scelta in ordine ai soggetti che intende finanziare, perché ha conoscenza, diretta o indiretta, delle loro capacità di svolgere efficacemente servizi sociali meritori".

Di interesse, considerati gli argomenti premessi, appare, anche di per sé considerata, la conclusione; essa, tuttavia, presuppone una aggregazione dei contribuenti nel momento della destinazione dell'otto per mille, aggregazione invero non agevolmente realizzabile e che rappresenterebbe un problema preliminare da risolvere prima di poter registrare una nuova strategia di democrazia diretta: "la scelta di introdurre un secondo otto per mille, allargando il campo di applicazione della imposizione volontaria, può in effetti apparire politicamente rivoluzionaria. Rivoluzionaria perché rompe il monopolio della politica, trasferendo quote di potere e di responsabilità dallo Stato alla società (...) non tutto il sociale -e sempre meno sarà in futuro- è

2.1 Welfare e “creazione” dell’interesse sostanziale nell’area contrattuale. Conseguenze sulla funzione neutrale

Ma è proprio in uno Stato sociale (quando esso sarà) in larga parte rappresentato dal cittadino o dalle *onlus* di cui alla previsione costituzionale dell’art. 118, che si possono collocare con naturale destinazione funzioni organizzative ed arbitrali che sempre più chiaramente si impostano sul criterio della neutralità.

In realtà, non è la generalità dell’interesse curato dal nuovo cittadino a poter garantire *a priori* l’efficacia e la legittimità delle misure adottate nel *favor* dello Stato e degli enti territoriali. Il fenomeno del superamento dell’esclusiva pubblica nell’esercizio di servizi di interesse generale non può confondersi con la necessità del suo controllo generale e particolare da parte di quegli uffici che in precedenza operavano direttamente nel sociale.

Infatti l’interesse da proteggere e promuovere è sempre quello del destinatario delle prestazioni di servizio pubblico in ordine ad attività d’interesse generale svolte d’iniziativa da privati. Ma senza il controllo pubblico generale sulla gestione si trascurerebbe l’esigenza di neutralità che deve informare ogni istanza di verifica o almeno se ne porrebbe a rischio la credibilità a seguito di disfunzioni, turbative e dissensi nell’erogazione del servizio di utilità generale da parte dei singoli o di gruppi di cittadini.

La neutralità, come qualità di una *cura* svolta nell’interesse generale sul piano più oggettivo che sia possibile, non appare esigibile una volta che non si voglia far condizionare (a scopo di convenienza) da interessi privati. Questi, del resto, conseguono nell’ordinamento generale il riconoscimento e la tutela che li rende elementi fondamentali della tela più ampia dello Stato comunità soltanto se si manifestino come riconducibili agevolmente ad un valore presente nell’ordinamento, come nel caso dell’utile d’impresa, della retribuzione nelle rate mensili spettante al lavoratore subordinato (*locatio operarum*), di quella spettante al professionista (*locatio operis*), del canone di locazione nella misura derivante dall’accordo contrattuale o in quella prevista dalla legge: si tratta della sinallagmaticità delle prestazioni che rispondono al canone della proporzionalità, come limite, tra i pochi, all’autonomia contrattuale.

Ma, come osserva dottrina autorevole “l’interesse ... non può più essere inteso, secondo l’ottica del diritto, come semplice posizione di idoneità di un

infatti statale. (...) Per una società che è sempre più matura e sempre più direttamente coinvolta nel sociale, è politicamente strategico un sempre più diretto coinvolgimento ... nelle scelte di destinazione e di gestione delle risorse pubbliche. Il destinatario del *welfare* ha così voce in capitolo: finanziaria i soggetti efficienti, non finanziaria i soggetti inefficienti. Il contribuente ritorna ‘padrone’ di una parte dell’imposta: è lui che decide del suo utilizzo. (...) Il nuovo strumento dunque si basa in particolare sul principio della sussidiarietà fiscale”.

soggetto rispetto ad un bene, ma semmai come sua tensione a crearlo, a far nascere una rilevanza giuridica altrimenti inesistente”²².

Ne consegue, a quanto sembra, che l'accordo tra parti private, il contratto, assume un ruolo molto più pregnante di quanto non sia stato riconosciuto sinora “perché non si limita più a comporre gli interessi delle parti rispetto a un bene, ma spesso concorre a determinarne la nascita”, cioè a configurare un punto di riferimento oggettivo (il bene della vita) del possibile assetto degli interessi che prima del contratto non esisteva²³.

Or, se questo è il grado di autonomia raggiunto dal diritto comune sulla più recente evoluzione dommatica, si vede bene che la gestione privatistica dei servizi sociali d'interesse generale, oltre che i vari e determinanti vantaggi di ordine politico - sociale cui abbiamo accennato, manifesta, tuttavia, l'esigenza di una sua riconduzione costante, quotidiana a schemi di comportamento non avulsi dai principi della prestazione sociale *no profit*, sicché ogni contratto concluso dalla *onlus* con il cittadino utente dovrà restare, non soltanto nella fase esecutiva ma anzitutto in quella costitutiva, nel solco tracciato dall'esperienza comune, quanto alle clausole che regolano un rapporto equilibrato con gli utenti: la garanzia dell'uso non rivale e, in mancanza, dell'accesso degli utenti al servizio²⁴.

²² Cfr. in termini N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano 2013, p. 123 e *passim*.

²³ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, *cit.* che esemplifica con riferimento alla multiproprietà che appare paradigmatica “per quanto attiene al rapporto tra sopravvenienze sociali e categorie giuridiche”: infatti essa “si caratterizza in funzione di un'attività di tipo negoziale prima del cui svolgimento non esiste il bene rispetto al quale dovrebbero essere composti gli interessi delle parti”.

²⁴ In proposito emblematica -a continuazione di un processo evolutivo costellato da diverse pronunce dei giudici del Lussemburgo- è la decisione della Corte di giustizia UE, 28 gennaio 2016, C-50/14, con la quale la Corte ha ribadito che il ricorso alle associazioni di volontariato convenzionate ai fini dell'organizzazione del servizio di trasporto sanitario trova giustificazione nei principi di universalità, solidarietà, nonché in ragioni di efficienza economica e di adeguatezza - obiettivi, questi, presi in considerazione dal diritto dell'Unione: in sostanza il Consesso europeo ha confermato che nell'ambito di un sistema di organizzazione dei servizi sanitari (nel caso di specie si trattava del servizio di trasporto sanitario di pazienti dializzati), il ricorso al volontariato (anche per affidamento diretto) è consentito ed anzi promosso, allorché contribuisca in modo effettivo al perseguimento di obiettivi solidaristici e di efficienza di bilancio, nonché ad una finalità sociale” (punto 67). Si veda sulla pronuncia e, più in generale, sull'atteggiarsi del principio di sussidiarietà orizzontale rispetto a quello di solidarietà e di libera concorrenza, F. SANCHINI, *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di giustizia e del Giudice amministrativo: il problematico contemperamento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, in www.federalismi.it, n.9/2016; P. DE ANGELIS, *Affidamento diretto del servizio di trasporto malati*, in www.federalismi.it, Osservatorio di diritto sanitario, novembre 2015; A. ALBANESE, *La Corte di giu-*

Il controllo sull'osservanza del rango dell'interesse generale da mantenere da parte del fornitore privato del servizio sociale richiede un ruolo dello Stato o dell'ente pubblico più idoneo (si presenta il comune come centro della responsabilità per le prestazioni oggettivamente amministrative, rese in favore dei suoi cittadini da qualunque soggetto) che coincide necessariamente con l'esercizio di una funzione neutrale. Infatti nel contrapposto compito di *favorire* il soggetto privato che intenda gestire un servizio di interesse generale e tuttavia di esercitare su siffatta gestione un controllo nell'interesse dei cittadini utenti, evoca la situazione nella quale l'ordinamento generale consente la convivenza perfetta tra la libertà dell'iniziativa economica privata di cui al primo comma dell'art. 41 Cost. e i controlli di cui al comma terzo.

La specificità del caso sta nel fatto che qui il controllore ente pubblico territoriale, è anche il soggetto costituzionalmente tenuto a *favorire* l'iniziativa privata d'interesse generale: dunque la funzione che esso eserciterà, dovrà adattarsi al duplice compito, collocandosi per l'effetto evidenziato nell'ordinamento; né vero controllore, né favoreggiatore ad ogni costo, dovendo dunque arbitrare e mediare tra le due situazioni, senza tradire il compito finale assegnato dall'ordinamento generale che è quello di portare avanti il programma di "laicizzazione" del *welfare* con atteggiamento neutrale rispetto a tutti i fini intermedi e con l'unica *mission* di favorire l'espansione della gestione privata dei servizi sociali anche garantendo l'osservanza delle norme di legge da parte del soggetto privato erogatore del servizio di interesse generale.

Una funzione neutrale *sui generis*, dunque, ma certamente ascrivibile alla categoria dommatica in quanto il soggetto pubblico deve affiancare nel sostegno delle (e, nel contempo, vigilare sulle) iniziative private in materia di servizi di interesse generale, il loro gestore essendo portatore in materia di servizio sociale dell'obbligo di risultato finale, comprensivo anche di tutte le iniziative private: in altri termini della missione attiva di pubblico interesse alla buona e paritaria erogazione e amministrazione del servizio, a vantaggio

stizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato, in *Foro it.*, vol. III, parte IV, 2015.

Anche il Consiglio di Stato, occupandosi di una questione assai simile, ha evidenziato come il carattere volontario, spontaneo e gratuito -ossia privo di qualsivoglia connotato lucrativo, anche indiretto- delle prestazioni poste in essere da chi opera all'interno delle *onlus*, determina la piena realizzazione del principio di solidarietà, "veicolando le risorse tecniche ed umane che tali soggetti sono disposti a mettere a disposizione della collettività per il conseguimento dei fini istituzionali del servizio sanitario", consistenti nella protezione dei beni fondamentali della vita e della salute; ed ha rilevato come la presenza generalizzata sul territorio delle associazioni di volontariato e della C.R.I., permettendo un utilizzo razionale delle risorse umane e tecniche ed una limitazione delle distanze da percorrere, consenta un'efficiente gestione del servizio di trasporto sanitario, con conseguente riduzione dei costi. Cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 giugno 2015, n. 3208.

di chiunque abbia titolo (anche di mera umanità, o di sola cittadinanza nazionale) di usufruirne.

Può pervenirsi, dunque, ad una prima considerazione parziale in ordine alla condizione attuale della funzione amministrativa che induce a riflessioni sul vasto tema dell'atteggiamento degli organi dell'esecutivo nei confronti del nuovo che avanza nella comunità pervasa da bisogni di lavoro, assistenza, istruzione, cura della salute, dell'ambiente salubre e di esigenze economiche che trovano fondamento nella prospettiva che l'obbligo di buon andamento induca tutti gli uffici amministrativi a spendere secondo criteri economici sostenibili, non dissipando il provento della fiscalità che pesa su tutti i cittadini, con iniziative inidonee o non imparziali rispetto alla somma dei bisogni economico - sociali dell'intera comunità.

Il progressivo arretramento degli uffici amministrativi rispetto al loro ruolo esclusivo nel sistema anche finanziario -la c.d. spesa sociale ha sinora distinto nella sua quantità i governi centrali e territoriali, quanto alle due maggioranze di governo alternantesi nel sistema maggioritario (più Stato sociale e spesa pubblica a sinistra, più investimenti e meno spesa pubblica a destra, ovviamente secondo una valutazione in astratto e nell'ipotesi di parità di sprechi)-dei servizi di assistenza e promozione sociale, per lasciare emergere l'iniziativa privata non lucrativa, nell'intero settore dell'interesse generale, esige il disegno di un ruolo nuovo, o almeno riformato, degli uffici stessi.

E non saranno soltanto gli uffici dei ministeri del lavoro, della salute, dei beni e delle attività culturali e del turismo, dell'istruzione, che sono indubbiamente più esposti alla "concorrenza" del privato, ma tutta l'organizzazione governativa, al centro come nell'autonomia regionale e negli enti locali, a subire una parziale trasformazione di ruolo.

Infatti l'astensione dell'amministrazione attiva implicherà in ogni caso un impegno amministrativo che favorisca il rispetto del mandato costituzionale in ordine al *favor* da dedicare all'iniziativa privata d'interesse generale preminente e ad un tempo nel restare a disposizione del pubblico interesse perché quell'iniziativa raggiunga un risultato della gestione dell'organismo che si possa inquadrare nell'adempimento dei compiti di benessere, prevenendo deviazioni e l'eventuale tentativo, da parte dell'operatore privato, di ottenere un sopravvento del proprio, rispetto all'interesse generale.

Si tratta, dunque, di una funzione pubblica di alta sorveglianza, arbitramento e controllo ordinamentale nell'interesse della legge -come si diceva nella manualistica tradizionale a proposito delle funzioni del pubblico ministero nel processo penale ed in quello civile di cassazione- costituita, cioè, di tratti prevalenti o almeno assai notevoli di neutralità.

3. Funzione neutrale, certezza e affidabilità

Una configurazione della funzione amministrativa neutrale emergerà, come si spera, al termine della ricerca: ma forse si può già osservare in senso

generale che essa incontra le ragioni della sua rilevanza nella necessità di differenziare, rispetto alla generalità dei casi, la garanzia di determinati interessi generali, diversi da quelli messi in movimento (rischio di pregiudizio, o iniziative di promozione e sviluppo) dall'esercizio della funzione amministrativa di programmazione prevalente, quella che può identificarsi, con una parte della dottrina tradizionale, in amministrazione attiva, consultiva, di controllo e giustiziale.

Infatti, si prendano in esame interessi come quelli indirizzati verso un'offerta di certezza pubblica su situazioni oggettive varie, volta per volta individuate dall'ordinamento (si può citare il controllo di legittimità, l'attività pubblica dell'operazione di verifica e proclamazione degli eletti; quella delle Commissioni di concorso e di gara nella fase dell'evidenza pubblica; quella della funzione giustiziale esercitata da organi amministrativi per la più rapida risposta alle esigenze rappresentate da cittadini per ottenere giustizia nell'amministrazione, alla stessa stregua dell'inerzia frutto dell'incertezza sul significato del messaggio della norma attributiva del potere amministrativo o per la preventiva strutturazione di un'attività amministrativa in forma giustiziale, anche senza alcun ricorso contenzioso, di emanazione del provvedimento amministrativo, disegnato secondo lo schema del procedimento nella Scuola di Vienna, da Adolf Julius Merkl²⁵). Ad essi corrispondono situazioni oggettive garantite, per un primo aspetto, da un ordinamento aduso ad elaborare strutture e regole per l'effettività e l'efficacia proprio nell'ampio settore delle garanzie offerte da organi pubblici agli interessi protetti rispetto agli abusi commissivi ed omissivi degli organi e degli uffici amministrativi; per l'altro aspetto con l'affidamento della competenza per l'esercizio delle descritte funzioni -particolari perché connesse ad interessi altrettanto particolari- a soggetti ed organi il più possibile indipendenti dai direttori generali, da altri dirigenti responsabili, dagli organi di governo regionali e locali²⁶.

Offrire certezza, ad esempio, nell'interesse più generale sui fatti accaduti e sui dati conclusivi particolarmente rilevanti di ogni competizione elettorale a tutela dell'effettività del principio rappresentativo garantito dalla Costituzione con molta cura; e nel settore del controllo previsto dalla legge su alcune attività proprie della libera iniziativa economica privata (perché altro è produrre mattoni di tufo, altro strutture cementizie, altro è dipingere e vendere una tela, altro è sorvegliare il mercato agroalimentare, per proteggere la salute

²⁵ Sulla scuola giuridica di Vienna ed, in particolare, su A. J. Merkl, allievo e seguace di Hans Kelsen, cfr. B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna, Amministrazione pubblica e teoria giuridica del primo dopoguerra*, in *Collana per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 1987.

²⁶ Ritiene vi sia una vera e propria funzione di produzione di certezza nelle funzioni giustiziali esercitate dalle autorità amministrative indipendenti S. LUCATTINI, *Certezza e nuovo diritto giurisprudenziale: il regolare giudicando delle autorità indipendenti di regolazione*, in www.federalismi.it, n. 18/2014.

della collettività dalla merce forse dannosa per il benessere fisico della popolazione) per il mercato di libera concorrenza, non può che considerarsi attività propria della sfera pubblica, ciò che è assai arduo mettere in dubbio. Non programmi (come vorrebbe l'art. 41, 3° co. Cost), ma controlli sulle produzioni pericolose e contro quelle dannose, sono indispensabili persino nel più libero dei mercati.

Ciò in quanto la giustificazione stessa dell'istituzione dell'ente pubblico, si rinviene senza molte difficoltà anzitutto nel suo compito di garantire, anche contro le sue stesse iniziative, l'interesse di chiunque alla conoscenza e al successivo "uso" di fatti e dati della realtà accertata nell'attività dell'ente stesso, che sono neutri rispetto agli interessi che subito dopo l'accertamento si affacciano alla vita giuridica, chiedendo riconoscimento e protezione.

Essi, devono dunque rimanere pubblici perché si possa riconoscere autenticità al processo di utilizzazione generale successivo in relazione al quale quelle certezze pubbliche verranno proiettate dalle parti private o pubbliche ad esse più interessate nei rapporti di interesse sostanziale sottostanti: il 50,01 per cento dei voti validi equivale all'elezione di un Sindaco al primo turno del comizio elettorale, ma per la commissione elettorale non è che il risultato di un lavoro obiettivo su documenti sempre rivedibili quali sono le schede elettorali (che si conservano per eventuali controlli successivi, non si bruciano come accade nella Cappella Sistina da secoli in occasione del Conclave).

L'aggiudicazione della gara d'appalto in favore del concorrente portatore della migliore offerta può costituire il preludio di un contratto milionario, ma per la commissione di gara si tratta di un lavoro neutrale, previsto dalla legge e dal regolamento successivamente un massimo dettaglio del bando di gara, *lex specialis*, e dal disciplinare, sin nei minimi particolari, che termina lì, con l'aggiudicazione definitiva e sconosce l'ulteriore *iter* che consegue alla dichiarazione dei risultati di gara.

La neutralità, dunque -saremmo propensi ad assumere questa prima osservazione- sembrerebbe funzione che può incontrarsi -almeno allo stato del diritto positivo- soltanto nella sfera pubblica, perché nelle norme del codice civile di essa si trovano deboli tracce, dovendo siffatte norme di diritto sostanziale regolare la proporzione tra interessi paritari, quanto a tutte le possibili ipotesi di contrapposizione tra gli stessi, come tra breve vedremo più da vicino.

Ora, se la tendenza alla legificazione della discrezionalità amministrativa rappresenta la premessa per il corrispondente fenomeno dell'affidamento al privato, nel regime di diritto comune, dell'esercizio di funzioni già considerate pubbliche ed in quanto tali operanti verso il conseguimento di effetti -tanto giuridici quanto economico-sociali- voluti dall'ordinamento dalla norma attributiva del potere (che -a sua volta- è concepita dal legislatore affinché venga compiuta quest'ultima operazione legandola all'indicazione vincolata della finalità ultima del buon andamento della pubblica amministrazione), si deve osservare, per un verso, che le funzioni neutrali assai difficilmente potrebbero essere esercitate dal privato, soggette come sono alla loro specifica configura-

zione determinata dalla singola norma di legge²⁷, per altro verso il loro collocamento nella posizione organizzativa più lontana dagli interessi sostanziali, alla “contaminazione” della funzione neutrale dato che è fondamentale -per riconoscere la neutralità- l’assenza di finalità, anche se mediata, di tutela di un interesse sostanziale a contenuto economico o comunque costituente un bene economico finale.

Se l’organismo di diritto privato agisca in quest’ultimo ambito di concetti saremmo di fronte ad un concessionario di pubbliche funzioni, figura infrequente ma non tanto da non poter essere riconosciuta nel nostro ordinamento -il *general contractor*, il concessionario della riscossione dei crediti pubblici, le spa individuate dal legislatore per l’alienazione di beni immobili di enti pubblici, ecc.-. Ma, al di fuori di eccezioni, non può negarsi che la funzione neutrale quando è amministrativa può esercitarsi pienamente senza condizionamenti nel suo assetto ordinario, corrispondendo a quell’idea di Stato che a qualsiasi studioso appare gradita: Stato della certezza, della affidabilità di risultati non finalizzati direttamente se non ad un criterio di ordine, trasparenza, vera e propria utilità generale.

4. La funzione di produzione di certezza

La certezza (genericamente intesa) rappresenta ormai una caratteristica saliente dell’ordinamento giuridico in quanto tale: proviene dalla moderna teoria dei sistemi la convinzione che il diritto sia deputato a produrre certezza in modo strutturale, attraverso l’esercizio di una funzione essenziale nelle società complesse la cui stabilizzazione è resa possibile dalle istituzioni attraverso operazioni *globalmente* destinate alla riduzione della complessità²⁸.

²⁷ L’argomento, in realtà, proverebbe troppo perché anche un organismo interamente retto dal diritto comune può ritenersi in via di principio idoneo all’esercizio di attività nell’interesse alieno secondo apposite disposizioni di legge (il promotore, il tutore, il curatore, i genitori verso i figli minori, ecc). Cfr., ad esempio, G. W. LIEBMANN, *Delegation to Private Parties in American constitutional Law*, in *LawJournal* 1975, vol. 50, n. 4.

²⁸ In tema di produzione di certezze da parte dell’ordinamento giuridico, nella lucida analisi di A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di “certezza”*. *Problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, n. 4/2005, Milano 2005, p. 867 ss., si rimarca come la dottrina amministrativistica poggi lo studio dello strumentario giuridico destinato alla produzione e circolazione sociale di certezza, mutuandolo, come spesso accade, dalla scienza del diritto privato: qui l’autore rileva, tuttavia, un problema di obsolescenza del “quadro teorico generale di riferimento”, da un lato perché “dichiaratamente ispirato”, appunto, alle categorie del diritto privato, dall’altro poiché esso sconta, in realtà -oltre alla ormai nota crisi generale della concezione negoziale dell’attività amministrativa-, “la sopravvenuta inadeguatezza di nozioni elaborate all’interno ed in implicita considerazione di un contesto economico-sociale significativamente diverso dall’attuale, e che non appaiono più

Riguardate attraverso la lente della teoria generale degli atti e negozi giuridici, le attività di certezza si distinguono per il loro carattere dichiarativo, attributo cui si annette dimensione ad un tempo strutturale (gli atti dichiarativi, infatti, non costituiscono manifestazioni di volontà) e dinamico giuridica (perché essi non sono fonte diretta degli effetti che producono, scaturendo questi dalla norma giuridica che li prevede e disciplina), “meglio: dinamico giuridica perché strutturale”; il ché vale anche per gli accertamenti costitutivi che esplicano l’effetto costitutivo nei confronti della fattispecie e non dell’effetto (Capaccioli), “ovvero pure digradano nell’ambito della dinamica effettuale da atti a fatti giuridici” (Giannini)²⁹. Sicché, non è all’aspetto strutturale, suscettibile di ricondurre ogni atto amministrativo alla struttura dell’atto di accertamento, bensì a quello funzionale che occorre por mente per elaborare il carattere distintivo dell’attività produttiva di certezza.

Può dirsi, in linea generale, che se da un lato la produzione di certezze risponde ad una esigenza primaria ed interna di coerenza dell’ordinamento giuridico (piuttosto che all’esigenza della corrispondenza tra accertamento e realtà) che necessita anzitutto della “propria intrinseca stabilità e non contraddittorietà” - sicché attraverso l’accertamento si perviene alla risoluzione dell’incertezza giuridica, “di cui si opera una conversione in termini di ‘certezza giuridica’”³⁰-, dall’altro, ossia dal punto di vista dei soggetti che operano all’interno dell’ordinamento stesso, subendone gli effetti giuridici, le certez-

idonee ad interpretare e tradurre l’odierna dimensione dell’attività di produzione di certezze” (p. 875).

²⁹ Così ancora A. ROMANO TASSONE, *Op. ult. cit.*, p. 868-869. Nell’analizzare le conseguenze delle teorie elaborate in tema di produzione di certezza pubblica ed, in particolare, di accertamento amministrativo, l’a. conclude nel senso che “lo schema strutturale dell’accertamento ... ha rivelato incontenibili valenze espansive, e sembra suscettibile, in prospettiva non troppo remota, di essere applicato agli atti amministrativi *tuot court*: se non proprio tutta, certamente gran parte dell’attività amministrativa appare infatti suscettibile di esser esaustivamente ricostruita in termini di puro ‘accertamento’, in quello stesso quadro di complessiva obiettivizzazione -o meglio, de-subiettivizzazione- del potere pubblico, che coinvolge già, e da tempo, la giurisdizione” (p. 873).

Eppure, evidenzia l’a., “riconoscere che una certa attività amministrativa possiede un generico fine di produrre ‘certezza pubblica’ ... non permette di desumere alcunché in ordine alla disciplina giuridica dell’attività stessa, e rischia di ridursi, quindi, a notazione puramente descrittiva”. In questa prospettiva, Romano Tassone ritiene di poter cogliere il suggerimento proveniente dal diritto positivo di riferirsi alla “produzione di certezze” ordinamentali, piuttosto che alla “attività produttiva di certezza”, “intendendosi con questo che il quadro funzionale delle attività a ciò deputate è solo apparentemente unitario, ma in realtà è esso stesso eterogeneo, e questo non già (o non solo) sul piano giuridico, ma proprio e fondamentalmente su quello economico - sociale” (p. 874).

³⁰ Cfr., in questi termini, A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di “certezza”*, *cit.*, p. 877-878.

ze pubbliche nascono dalla constatazione della sempre crescente complessità tecnico giuridica dei rapporti intercorrenti tra i consociati e tra questi e i pubblici poteri. Infatti, il cittadino che nello svolgimento della propria attività ha l'onere (talvolta l'obbligo) di conoscere determinate realtà che la condizionano, non è detto che sia sempre in possesso degli strumenti idonei all'acquisizione delle conoscenze necessarie: da qui le istanze sulla predisposizione da parte dell'ordinamento giuridico di appositi strumenti preordinati a mettere in circolazione speciali forme di sicurezza che possano garantire il regolare svolgimento dei rapporti economici e sociali³¹.

Dunque l'accertamento, pur muovendo da una base strutturale che lo assimila ad un'operazione puramente logico-intellettuale, assume natura propriamente decisionale, "poiché rappresenta lo strumento di composizione di un conflitto sociale in atto, e questo alla luce di quella stessa prospettiva funzionalistico-sistematica, per la quale ... la risoluzione dell'incertezza e la conseguente riduzione della complessità sociale rappresentano il compito primario ed irrinunciabile dell'ordinamento". Per questa via, la certezza prodotta dall'ordinamento giuridico non deve inquadarsi in un'attività genericamente riconducibile a quella logico-conoscitiva dell'accertamento, rivelandosi piuttosto il frutto di un'attività decisionale che discende immediatamente, appunto dell'esigenza "interna di coerenza dell'ordinamento giuridico, piuttosto che

³¹ La funzione di produzione delle certezze pubbliche assume una rilevanza fondamentale anche per la concreta fruizione dei diritti umani fondamentali che costituisce, com'è ben noto, una delle principali finalità della Carta costituzionale. In questo senso, il criterio dell'effettività, conseguente al mero astratto riconoscimento dei diritti di libertà, consente di rendere operativa la vocazione personalistica ricavabile nella Costituzione complessivamente considerata: le libertà fondamentali vengono considerate come strumenti irrinunciabili per la tutela e la promozione della personalità umana, quali obiettivi strutturali della costruzione ordinamentale proposta dal costituente nel 1948. Si individua così un preciso indirizzo costituzionale per una prospettiva di intervento della legge e dei pubblici poteri, teso a tradurre le libertà individuali e collettive in libertà sociali, alla cui realizzazione devono concorrere comportamenti positivi *ex parte Status*.

Ora, pur se non desumibile in via diretta dalla lettura delle disposizioni costituzionali, la rilevanza che nella Carta costituzionale assumono le certezze pubbliche, può ricavarsi dalla stessa constatazione per la quale esse contribuiscono senz'altro all'attuazione di alcuni principi chiave, come, ad esempio, quello personalistico, quello di eguaglianza formale e sostanziale, quello lavoristico: basti pensare alle disposizioni costituzionali che collegano l'esercizio dei diritti ivi riconosciuti e garantiti al preventivo esercizio di una funzione di accertamento da parte della p.a. che, quindi assume una rilevanza sostanziale, visto che essa viene presa in considerazione "sul piano costituzionale dei valori fondamentali". Così B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova 2001, p. 175. Ma si veda, su questi temi da ultimo A. BENEDETTI, *Certezza pubblica (dir. amm.)*, voce dell'*Enc. Giur. Treccani online* 2014; nonché, *amplius*, Id., *Certezza pubblica e certezze private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano 2010.

dalla corrispondenza tra accertamento e ‘realtà’”, sebbene siano innegabili i rilevanti -tuttavia “eventuali e secondari”- *risvolti economici* che essa produce, “impliciti nel fatto stesso che la stabilità di un rapporto rappresenta un plusvalore non indifferente”³².

Addirittura è stato di recente osservato come la certezza venga “sostituita” alla verità “perché si suole superare il distacco tra reale e rappresentazione del reale attraverso la garanzia che può essere offerta dal potere esercitato dall’amministrazione”, sicché quest’ultimo rappresenta il “filo che lega la realtà naturale” a quella manifestata nell’atto giuridico³³. Sicché, l’ordinamento giuridico fornisce strumenti di semplificazione che “tradiscono” la realtà, “sacrificando le strutturali indefinite complessità sull’altare dello scopo principale perseguito dal diritto: i termini del confronto non sono dunque ‘verità’ e ‘certezza’, ma, più opportunamente, potere e verità, ed a prevalere, non può che essere il primo”³⁴.

Ma, al fine di chiarire come queste convinzioni acquisite nel tempo relativamente alla produzione di certezza pubblica, siano oggi messe in crisi

³² Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di “certezza”, cit.*, p. 878.

³³ Nell’analizzare il processo evolutivo che ha caratterizzato il pensiero giuridico della dottrina in punto di produzione di certezze da parte dei pubblici poteri, L. DONATO, *Le autocertificazioni tra verità e certezze*, Napoli 2015, p.16, osserva come la dottrina è giunta a sostituire al concetto di verità quello di (presunzione di) certezza, poiché si tratta di certezza fornita dai pubblici poteri. L’ordinamento giuridico ha creato procedimenti di oggettivizzazione delle certezze, necessari a fondare il “transito” dalla verità alla certezza; procedimenti che riguardano “tanto il soggetto deputato alla creazione di certezza, quanto le modalità di formazione di quest’ultima”.

Proprio per questo, anche la giurisprudenza ha chiarito come gli atti di stato civile possono essere posti in essere solo da soggetti pubblici (o esercenti privati di pubbliche funzioni), presentandosi, invece, privi di “certezza pubblica” se redatti da soggetti diversi privi del potere certativo o, comunque, non nell’esercizio della pubblica funzione e secondo il procedimento normativamente previsto v. TAR Liguria, sez. I, 13 gennaio 2012, n. 57 annotata da L. TRUCCO, *Quando il nome patronimico diventa un “fatto di gratitudine”: il TAR Liguria e il cambiamento di cognome*, in www.federalismi.it, n. 7/2012.

³⁴ È dunque il diritto, spiega l’autore, che “sotto il profilo soggettivo attribuisce il potere necessario per la creazione della certezza all’ordinamento quale unico centro oggettivo di imputazione. Tale operazione permette di superare la relativizzazione della realtà connessa alla elaborazione soggettiva, così come offre la garanzia del distacco di colui che deve accertare dalla forza pervasiva del particolare”. In sostanza, attraverso lo strumento della presunzione, l’ordinamento giuridico “crea certezza che diviene, ad un tempo, strumento e bene per i consociati”. La certezza, quindi, viene sostituita alla verità al fine di superare “il distacco che vi è tra il reale e la rappresentazione del reale, mettendo in connessione due piani astrattamente incompatibili, quello della natura e quello del linguaggio, e ciò è possibile solo attraverso la garanzia del potere”. L. DONATO, *Op.cit.*, p. 19.

dalla sempre crescente produzione di certezze che non si limitano a certificare “qualificazioni giuridiche o eventi funzionali alla definizione dei rapporti giuridici, bensì qualità intrinseche di beni e/o persone”³⁵, si procede alla necessaria distinzione delle due fondamentali accezioni del valore di certezza: “certezza nel senso tradizionale, intesa come stabilità dei rapporti giuridici; certezza intesa come affidamento sociale nelle qualità intrinseche di persone e/o di beni della vita (che talvolta sono merci, talaltra sono beni di rilevante interesse collettivo)”: la certezza che la struttura amministrativa è chiamata a produrre, infatti, non soltanto ricade su oggetti intrinsecamente diversi, ma possiede anche, proprio a causa di ciò, un differente impatto sociale. Ed è il differente impatto sociale delle certezze prodotte dagli enti pubblici che segna il tratto distintivo tra queste. La distinzione cui ci si riferisce è per questo motivo riconducibile al diverso effetto che le certezze producono sull’affidamento dei soggetti che di quelle stesse certezze fanno uso nello svolgimento della propria vita sociale ed economica.

Appare dunque possibile sottolineare l’importanza che riveste il carattere neutrale dell’attività di produzione di certezze, necessario a garantire la stabilità dei rapporti, attraverso la definizione di regole certe, provenienti da amministrazioni che agiscono in totale indifferenza rispetto ai diversi interessi coinvolti nella vicenda di tale produzione; ancor più evidentemente si palesa l’importanza di tale carattere sol che si ponga mente al fatto che le “certezze pubbliche” sono “rivolte alla collettività nel suo insieme e non soltanto alle parti del rapporto giuridico ‘accertato’”, tanto che se è vero -sul piano della certezza-stabilità- che la “veridicità” dell’accertamento “non è condizione di operatività, né giuridica né soprattutto sociale, della certezza ricadente sui rapporti giuridici, lo è senza meno per quanto attiene al valore sociale delle certezze” che attengono immediatamente a qualità intrinseche e materiali di persone e di beni aventi rilievo economico³⁶. Sul piano della certezza affi-

³⁵ Così A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di “certezza”*, cit., il quale chiarisce che l’elaborazione del tema della certezza ordinamentale, impostata inizialmente in conseguenza di “esigenze operative e funzionali specifiche” è andata perdendo -“per un noto fenomeno di progressivo distacco dei concetti (non solo) giuridici delle proprie matrici costitutive”- l’iniziale consapevolezza: “si stratificano così, e vengono in qualche modo a formare quasi postulati dell’elaborazione scientifica del tema dell’attività produttiva di ‘certezza’, quelli che all’origine erano semplici corollari dell’impostazione” iniziale. Si pensi alla tendenza generale ad assumere “come dato pregiudiziale il carattere intrinsecamente pubblico ed istituzionale della produzione di certezza, che non viene nemmeno posto in discussione, a dispetto del sempre più massiccio intervento dei privati nel settore, proprio perché si continua a pensare che la certezza di cui si fa’ questione verta su qualificazioni giuridiche”.

³⁶ Così ancora A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di “certezza”*, cit., p. 880 - 886, spec. 880 che inquadra l’attività di produzione di certezza-affidamento tra i servizi di pubblica utilità, piuttosto che tra quelli di servi-

damento, invece, rileva l'effettiva rispondenza al vero dell'accertamento la cui assenza impedisce il prodursi della certezza-affidamento, consentendo di apprezzare sul piano dell'effetto sociale la basilare distinzione dei due tipi di certezza³⁷.

La neutralità dell'attività di produzione di certezza viene garantita dall'ordinamento giuridico dalla delimitazione della discrezionalità accordata alla p.a. nella determinazione delle certezze, operata dalla legge (dal *nomos* comunitario, oltre che nazionale) attraverso la puntuale disciplina dell'attività stessa che, al più, utilizza la sapienza sprigionata dagli apprezzamenti tecnici, che la stessa amministrazione è capace di produrre.

5. La neutralità della funzione di produzione delle certezze nel dibattito dottrinario

L'inquadramento appena prospettato della funzione di produzione delle certezze come funzione amministrativa neutrale viene tuttavia in parte criticato da alcune riflessioni successive della dottrina sul tema: esse tendono ad identificare nell'esercizio di questa peculiare funzione da parte dell'amministrazione il perseguimento dell'interesse pubblico o, quantomeno, la sua naturale ponderazione -che presuppone tuttavia, si badi, l'esercizio della discrezionalità amministrativa che qui abbiamo escluso- con gli interessi privati.

L'analisi parte da alcune riflessioni critiche mosse all'approccio "realista" con il quale alcuni autori elaborano l'inquadramento motivazionale di quello che abbiamo definito il passaggio dalla verità alla certezza³⁸, sulla base della

zio pubblico. Al contrario, la certezza-stabilità esprime senz'altro una funzione il cui esercizio "non è a rigore neppure pensabile a prescindere da una regolamentazione giuridica (che assume dunque, nei suoi confronti, valore 'costitutivo' e non puramente 'regolativo', per adoperare le categorie di Sarle), e di cui l'ordinamento non può in nessun modo disinteressarsi, a pena di rinnegare se stesso".

³⁷ Del resto, sottolinea A. ROMANO TASSONE, *Op. ult. cit.*, p. 884, "le ragioni che hanno storicamente determinato l'ampia diffusione dell'intervento pubblico nel campo della formazione e diffusione di 'certezza-affidamento', oltre ad essere sicuramente di carattere ideologico, sono probabilmente identificabili nella maggiore fiducia che, in linea di massima, suscita normalmente l'accertamento compiuto da una istanza in posizione di istituzionale rappresentanza degli interessi collettivi, qual è l'amministrazione".

³⁸ Cfr. per l'approccio realista le riflessioni di E. CARLONI, *Le verità amministrative*, Milano 2012, per il quale quello realista è l'unico approccio possibile "perché 'azione pubblica possa realizzare i principi di uno stato democratico, perché la diffusione di conoscenza non sia in funzione di propaganda"; G. ARENA, *Certezze pubbliche e semplificazione amministrativa*, Rimini 2001 il quale definisce le certezze costruite dall'amministrazione come "incertezze ad un grado minore".

circostanza per la quale l'atto che genera la certezza è prodotto da un'autorità attraverso meccanismi procedurali di produzione di certezze anche non del tutto (o, addirittura, affatto) rispondenti alla realtà. Si tratta delle cc.dd. verità amministrative generate nel procedimento amministrativo, "ovvero il frutto di processi cognitivi rispondenti a regole e principi predeterminati in funzione di una migliore apprensione e comprensione del mondo così com'è", procedimento che, invece, si attaggerebbe "in modo da lasciare, agli strumenti di volta in volta approntati dall'ordinamento, la possibilità di creare il fatto sulla cui base dovrà essere assunta la decisione finale"³⁹.

La critica si fonda principalmente sulla circostanza per la quale la ricostruzione del "fatto assunto a base del decidere" perderebbe la sua matrice "meramente acquisitiva"⁴⁰ di un dato "tetragono ed immutabile" (che consentirebbe di assumere il fatto, appunto, "come elemento di un mondo fenomenico suscettibile di mera osservazione passiva, in quanto dotato di un senso proprio ed immutabile cui è estranea la soggettività dell'interpretazione"⁴¹), per acquisirne, nello svolgersi del procedimento, una "funzionale al momento della ponderazione degli interessi prima e della decisione dopo", sicché sia garantita all'amministrazione la libertà di plasmare l'azione secondo le esigenze della funzione⁴². In sostanza, la ricostruzione del fatto (dalla cui oggettività dipende il grado di rispondenza alla realtà della certezza affermata) perde il carattere dell'oggettività nel procedimento amministrativo in cui essa si svolge, "soggettivizzandosi" in virtù della ponderazione degli interessi coinvolti cui l'amministrazione deve procedere nell'usare il suo potere discrezionale.

Sostenere, dunque, la capacità acquisitiva di verità amministrative nel corso del procedimento, imporrebbe l'espulsione dalla fase di raccolta delle

³⁹ Così ancora L. DONATO, *Le autocertificazioni*, cit., riferendosi all'impostazione di E. CARLONI, *Le verità amministrative*, cit.

⁴⁰ Si fa riferimento ancora alle riflessioni di L. DONATO, *Le autocertificazioni*, cit., ove l'a. In particolare, si è rilevato come l'approccio realista postuli un ritorno alla verità amministrativa intesa come il prodotto di un processo di cognizione ispirato al principio di verità, elemento quest'ultimo in grado di differenziare la produzione di certezza e la produzione di verità amministrativa: "in quest'ultimo caso il principio ispira l'attività di cognizione; esso è per converso poco presente, se non addirittura assente, nel caso delle certezze tradizionalmente intese" (p.25).

⁴¹ Per dirla con A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano 1987, p. 218, sulla scorta del monito di E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I, Rimini 1983 per il quale è innegabile l'esistenza di una vera e propria frattura tra l'indagine svolta in modo asettico ed oggettivo e quello della decisione, in cui il fatto diviene elemento attivo della valutazione amministrativa.

⁴² Così ancora L. DONATO, *Op. cit.*, richiamando E. CARDI, *L'istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazione delle alternative*, in F. Trimarchi Banfi (a cura di), *Procedimento amministrativo fra riforme amministrative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano 1990, p. 114 ss.

informazioni di ogni traccia di subiettività; eppure si rintraccia in questa attività una matrice non meramente acquisitiva, sicché “la ricostruzione del fatto compiuta nel procedimento non può ...rivestirsi di quei caratteri di oggettività e neutralità necessari per poter acquisire *tout court* al patrimonio conoscitivo della p.a. ogni informazione in esso assunta dall’amministrazione procedente”, tanto che l’acquisizione del fatto non sarebbe mai “oggettiva, neutra, sganciata dall’interesse tutelato”, bensì essa è “funzionale al momento della ponderazione degli interessi prima, e della decisione dopo”.

Peraltro, sotto il profilo “strutturale” si conviene sulla prospettazione per la quale “l’oggettività della conoscenza è data dalla previsione di procedimenti rigidi e formalità predeterminate in grado di assicurare, nei confronti dei destinatari e dei consociati, la stabilità del contenuto ed al tempo stesso è fonte primaria di legittimazione del potere sovrano che pone il proprio sigillo sul dato accertato”⁴³.

La critica, in realtà, sembra poggiare sulla considerazione delle categorie dommatiche applicabili al procedimento amministrativo in generale, senza soffermarsi su questa peculiare funzione amministrativa, caratterizzata, come abbiamo già osservato, dalla quasi totale assenza di discrezionalità, se non puramente tecnica. Ciò impedisce, evidentemente all’amministrazione di procedere alla ponderazione degli interessi privati coinvolti nel procedimento con l’interesse pubblico specifico normalmente rappresentato e perseguito dall’amministrazione procedente.

⁴³ Eppure si precisa che sotto il profilo soggettivo “il diritto... attribuisce il potere necessario per la creazione di certezza all’ordinamento giuridico quale unico centro oggettivo di imputazione. Tale operazione permette di superare la relativizzazione della realtà connessa alla elaborazione soggettiva così come offre la garanzia del distacco di colui che deve accertare dalla forza pervasiva del particolare”. Così L. DONATO, *Op. cit.*, pp. 17-19. Nel contesto dell’attività conoscitiva dell’amministrazione, spiega l’a., “l’istruttoria ha necessità di tornare ad un modello inquisitorio puro, perché ogni momento dell’attività conoscitiva finisce per soddisfare un più generale bisogno di informazione oggettiva, lontana dal procedimento e il più possibile neutrale” (p.23). Si vedano, da ultimo, le suggestive riflessioni di F. ELEFANTE, *Le teorie proceduraliste nella Costituzione*, in www.federalismi.it, n. 23/2016, il quale ricorda che “in Weber la razionalità del diritto poggia sulle sue proprietà formali (certezza, coerenza e sistematicità dell’universo normativo, astrattezza e universalità della norma, formalizzata e calcolabile applicazione della legge in sede amministrativa e giudiziaria). La credenza nella legalità dell’ordinamento, fondata su un’idea di ragione autonoma, formalmente neutra, intrinseca alla forma del diritto, è fonte di legittimazione del potere esercitato in forme legali: il potere è razionale (e dunque legittimo), in quanto legale. Weber pone così le basi filosofiche di una concezione positiva del diritto che può rendersi del tutto indipendente da contenuti morali dati *a priori* o da una legittimazione di tipo tradizionale o carismatico: è diritto ciò che il legislatore statuisce come tale, secondo forme e procedure giuridicamente istituzionalizzate”.

Tuttavia, nel caso qui in esame dell'esercizio della funzione di produzione delle certezze, l'amministrazione procedente funge appunto da organo prettamente neutrale che svolge le proprie funzioni per il perseguimento del bene comune rintracciabile nella soddisfazione delle istanze di certezza e di coerenza dell'ordinamento, presidio indispensabile di garanzia e di semplificazione della complessità sempre crescente dei rapporti giuridici, in particolare di quelli tra consociati e pubblici poteri.

CAPITOLO III

La funzione amministrativa neutrale in diritto positivo

Sommario: 1. *Premessa.* 2. *Il controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti sugli atti governativi come funzione amministrativa neutrale.* 3. *Aspetti di neutralità nella funzione consultiva.* 4. *Il Comitato economico e sociale e il Comitato delle regioni.* 5. *La neutralità degli uffici elettorali e dell'ufficio centrale per il referendum presso la Corte di cassazione e l'effettività della tutela giurisdizionale.* 6. *Gli organi di garanzia (di governo autonomo) delle magistrature tra indipendenza e neutralità.*

1. *Premessa*

Appare, forse, già evidente dalle notazioni che precedono come emerga dalla società civile -dai bisogni che essa esprime nella vita quotidiana, nelle relazioni sociali non meno che in quelle legate al lavoro e ai rapporti economici, nonché nelle relazioni e nelle azioni di ciascuna persona dirette all'affermazione di una precisa coscienza politica e sociale e alla costruzione dell'identità personale- una continua ricerca di avvicinamento delle amministrazioni pubbliche ai cittadini che da esse vengono governati. Nel fenomeno -che può dirsi ciclico nell'esperienza politica dello Stato unitario- spicca, tuttavia, la serie di iniziative tendenti ad ottenere un arbitro ed un garante della legalità nei settori più disparati, della buona amministrazione e della moralità delle istituzioni: sembra di poter affermare che ormai si moltiplica in misura crescente la costituzione di uffici ed autorità posti a presidio delle relative funzioni amministrative neutrali. La prima osservazione svela come queste non vengano sempre espressamente qualificate come tali dalle leggi: ne deriva, da un lato, un'oggettiva difficoltà di individuazione delle funzioni amministrative neutrali, esercitate nell'ordinamento giuridico -sol che non ci si voglia interrogare sull'effettiva natura delle funzioni di volta in volta attribuite ed esercitate dall'amministrazione- e, dall'altro, il rischio di qualificare come neutrali funzioni amministrative che, a ben guardare, non mostrano i caratteri propri della neutralità, bensì, ad esempio, quelli -assai vicini, ma non sufficienti a connotarne la qualificazione neutrale- dell'indipendenza e/o dell'imparzialità.

Sembra allora utile nel prosieguo di questa ricerca analizzare almeno alcune di quelle funzioni amministrative che, esplicando direttamente o indiretta-

mente gli effetti del loro esercizio sui diritti, sugli interessi e sulle aspettative delle persone, singole o associate, delle formazioni sociali e degli operatori del mercato, rispondono al canone della neutralità; ciò anche nel tentativo di fugare ogni dubbio sull'esistenza/inesistenza del carattere della neutralità per quelle funzioni amministrative che vengono normalmente percepite come neutrali perché sono connotate da caratteri simili, che senz'altro "compongono" la neutralità, senza però -come si è detto- esaurirne le connotazioni peculiari.

Si procederà quindi, nel prosieguo della ricerca, ad analizzare sia alcune funzioni esercitate all'interno dell'amministrazione -destinate a restare al suo interno, ma impingenti su scelte ed assetti che non possono che riflettersi all'esterno- sia quelle funzioni che incidono direttamente sugli interessi dei singoli, nell'ordinamento interno ed in quello dell'Unione europea, volgendo assai sinteticamente lo sguardo all'analisi dell'esperienza statunitense che, sebbene nasca da differenti presupposti, sembra, come si è già avuto modo di rilevare, sempre più vicina all'evolversi dell'esperienza italiana, quantomeno delle autorità amministrative indipendenti le cui funzioni caratterizzanti, a parere di chi scrive, non presentano, come si cercherà di illustrare *infra*, i caratteri della neutralità, almeno allo stato attuale della disciplina che le investe.

2. Il controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti sugli atti governativi come funzione amministrativa neutrale

Con l'entrata in vigore della legge di riforma costituzionale n. 3/2001 è stato soppresso -com'è noto- il coordinamento del Commissario di Governo in ogni regione, nonché il controllo della Commissione governativa sulle deliberazioni delle regioni e quello dei Comitati regionali sugli atti dei comuni e delle province e degli enti sub comunali e sub provinciali; mediante abrogazione delle norme istitutive già previste in Costituzione agli artt. 124, 125 e 130.

Il controllo preventivo di legittimità è esercitato ormai soltanto su alcune categorie di atti e provvedimenti del Governo centrale da parte della Corte dei conti¹.

¹ Con specifico riferimento alla posizione del controllore rispetto al controllato si suole distinguere tra controlli interni e controlli esterni; i primi si caratterizzano per essere esercitati dalla stessa amministrazione o da strutture appartenenti alla medesima amministrazione controllata (singoli settori p.a. o specifici interessi pubblici), la cui verifica si manifesta sotto forma di interventi di correzione o di eliminazione di parti o atti della funzione amministrativa anche nel momento stesso in cui essa viene esercitata. I controlli esterni sono svolti da soggetti estranei all'amministrazione cui partecipa il soggetto agente nell'interesse dell'intera collettività. Si tratta in particolare di controlli realizzati da organi che non svolgono attività di amministrazione attiva, tra cui il più rilevante è, appunto, la Corte dei conti.

Il *discrimen* tra controlli interni ed esterni va identificato pertanto nell'interesse che l'azione di controllo tende a soddisfare: in quelli interni l'obiettivo è la tutela di

Infatti, dopo la “scoperta” nei primi anni ’90 degli episodi di corruzione a tutti i livelli dell’apparato pubblico, anzitutto statale, il controllo preventivo di legittimità su tutti gli atti governativi implicanti spesa (i “decreti reali” della legge di contabilità dello Stato del 1923) è stato individuato come vero e proprio capro espiatorio, in quanto esso non era valso ad ostacolare le distribuzioni illecite di denaro pubblico deliberate da amministrazioni rette da disonesti in favore di destinatari non aventi diritto.

Con l. n. 20 del 14 gennaio 1994² le fattispecie di controllo preventivo di legittimità sono state disciplinate, in netta riduzione oggettiva, “esclusivamente” su ben definiti “atti non aventi forza di legge” (art.3).

singoli settori della pubblica amministrazione o specifici interessi pubblici; in quelli esterni la tutela degli interessi generali dell’ordinamento, configurandosi pertanto il controllo come un’attività che si pone la finalità di intervenire sugli atti amministrativi irregolari, ossia non conformi alla legge, ovvero di analizzare i risultati della gestione in termini di efficienza, efficacia ed economicità.

L’esito positivo certifica che l’azione amministrativa è stata finalizzata, in concreto, alla realizzazione dell’interesse pubblico. Costituiscono una forma ormai obsoleta e tendono ad essere ricompresi nei *controlli relativi alla gestione*, aventi come parametri l’efficacia, l’efficienza e l’economicità dell’attività realizzata nonché il grado di raggiungimento degli obiettivi programmati.

Le riforme che hanno interessato la pubblica amministrazione (dell’azione amministrativa, dell’organizzazione e dei bilanci pubblici) hanno ridefinito il ruolo della Corte dei conti, assurta a istituzione non più solamente del Governo o del Parlamento, ma dello Stato-comunità consentendo in tal modo di poter definire il controllo operato dalla magistratura contabile omogeneo, coordinato, multilivello ed equidistante dallo Stato e dalle autonomie.

Parrebbe, quindi, che l’intervento del legislatore abbia in un certo senso trasformato il ruolo della Corte dei conti da organo ausiliario con funzione di referto ad organo al servizio dello Stato-comunità, come garante imparziale dell’equilibrio economico-finanziario dell’intero settore pubblico e della corretta gestione delle risorse collettive.

Richiamando le pregevoli argomentazioni di E. Capaccioli sul tema si evidenzia che la Corte dei conti, come magistratura speciale e suprema è l’unico organo in grado di soddisfare la necessità di garantire l’effettiva indipendenza dell’organo controllante dal controllato, delineandosi la sua azione di controllo come “giurisdizione” poiché “*si può in genere parlare di giurisdizione di controllo ogni volta che il controllo sia svolto da un organo dotato dell’indipendenza propria del giudice*” (E. CAPACCIO-LI, *Brevi note in tema di controllo e giurisdizione con speciale riguardo alla Corte dei conti*, in *Studi Chiarelli*, Milano, 1973, p. 289 ss.)

² Modificata con integrazioni con d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, conv. in l. 20 dicembre 1996, n. 639 ed ulteriormente modificata, ma in parte minore, dall’art. 27, l. 24 novembre 2000, n. 340, dall’art. 49 della l. 23 dicembre 2000, n. 388; e ancora la legge ha subito modifiche nel 2001, nel 2005, 2006 e 2007, quindi dalle leggi nn. 102 e 141 del 2009, infine dalla legge n. 102 del 2012.

Per un’analisi comparativa tra il controllo esercitato dalla Corte dei conti italiana ed europea, dopo la riforma del Titolo V Cost., cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Efficienza e garanzia nel diritto amministrativo tra corsi e ricorsi*, Postfazione a *La nuova*

Essi vanno dai provvedimenti emanati a seguito di deliberazione del Consiglio dei ministri, agli atti monocratici del Governo aventi ad oggetto la definizione delle piante organiche, del personale dipendente pubblico, il conferimento di funzioni dirigenziali e le direttive generali per l'indirizzo e lo svolgimento dell'attività amministrativa, i regolamenti rivolti al cittadino, gli atti di programmazione comportanti spese e gli atti generali attuativi di norme comunitarie; i provvedimenti dei comitati interministeriali di riparto o assegnazione di fondi e qualsiasi altra delibera emanata in materia di personale dirigente e di atti normativi (regolamenti) a rilevanza esterna.

Inoltre, tutti i provvedimenti di disposizione del demanio e del patrimonio immobiliare; le approvazioni di contratti pubblici attivi, cioè implicanti un'entrata pecuniaria per lo Stato, di qualunque importo, di "appalto d'opera" di valore superiore alla soglia comunitaria e altri controlli di spese di importo

Corte dei conti e l'ordinamento comunitario del controllo sulla spesa pubblica, Atti del convegno di Studi, Bari, 3 marzo 1994, a cura di V. Caputi Jambrenghi, Collana Carla Romanelli Grimaldi, n. 2, Milano 1995, con contributi di E. VARI, U. ZITO, G. CORREALE, E. SILVESTRI, M. CALDARERA, A. BRANCASI, M. GRASSO, F. ZACCARIA, F.P. ROMANELLI, M.V. LUPO' AVAGLIANO e F. SERNIA, D. MARCHETTA; Id., *Privatizzazione e modelli giurisprudenziali sul controllo di gestione*, Roma, Palazzo S. Macuto, 1995; L. OLIVERI, *L'abrogazione dei controlli sugli atti degli enti locali*, in www.giustamm.it, n. 10/2001; F. GIUSEPPONE, *La Corte dei conti europea e la Corte dei conti italiana: parallelismi e differenziazioni*, in www.giustamm.it, n. 7/2005; F. TIGANO, *Ordinamento contabile e attività amministrativa*, Torino 2006; Id., *Corte dei conti e attività amministrativa*, Torino 2008.

Cfr., più in generale e più di recente, sulle funzioni della Corte dei conti, M. AU-LENTA e A. ALBANESE, *Il patto di stabilità interno tra stato, regioni ed enti locali*, in AA.VV., *Elementi di finanza pubblica comunitaria*, Roma, 2011, p. 25 ss.; C. Chiappinelli, G. Dammicco, P. Della Ventura, M. Di Stefano, F. Garri, L. Impecciati, M. Ristuccia (a cura di), *La Corte dei conti. Controllo e giurisdizione. Contabilità pubblica*, Milano, 2012; F. TIGANO, *I controlli*, in M. Orefice (a cura di), *Codice commentato di contabilità pubblica*, Roma 2012, p. 2091 ss.; Id., *L'attività amministrativa*, *ivi*, p. 2257 ss.; E. BONELLI, *L'incostituzionalità dei controlli sulle regioni introdotti dal D.L. n. 174/2012 (Costi della politica versus sana gestione finanziaria alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 219/2013)*, in www.giustamm.it, n. 11/2013; L. GIAMPAOLINO, *Le ultime linee evolutive delle funzioni della Corte dei conti. Relazione del Presidente Emerito della Corte dei conti*, in www.giustamm.it, n. 7/2014; V. RAELI, *Il controllo della Corte dei conti sulle gestioni regionali e l'attività di controllo della Sezione regionale Puglia*, in www.lexitalia.it, n. 7/2014; L. BUSICO, *Le principali questioni affrontate dalla giurisprudenza in tema di incarichi di lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche*, in www.lexitalia.it, n.4/2015; G. VERDE e M. SALVAGO, *Riduzione dei costi della politica regionale e controllo sulla gestione finanziaria delle Regioni nel d.l. n. 174 del 2012*, in www.federalismi.it, 13 gennaio 2016; I. RIVERA, *Gli equilibri di finanza pubblica e i vincoli all'indebitamento nei giudizi incidentali rimessi dalla Corte dei conti in sede di controllo. A margine di Corte cost. n. 181/2015*, in www.giustamm.it, n. 6/2016.

superiore ad un decimo di quello che sarebbe per essi la soglia comunitaria, in materia strettamente contabilistica; atti e contratti di conferimento di incarichi individuali di lavoro autonomo; i decreti di variazione del bilancio statale, di accertamento dei residui e di assenso preventivo del Ministero dell'economia e delle finanze all'impegno di spese correnti a carico degli esercizi successivi, nonché gli atti per il cui corso sia stato impartito l'ordine scritto dal ministro; infine, gli atti che il «Presidente del Consiglio dei ministri richieda di sottoporre temporaneamente a controllo preventivo o che la Corte dei conti deliberi di assoggettare, per un periodo determinato, a controllo preventivo in relazione a situazioni di diffusa e ripetuta irregolarità rilevate in sede di controllo successivo»: l'atto consegue efficacia se entro trenta giorni dal suo ricevimento o dalle controdeduzioni dell'amministrazione l'ufficio di controllo competente (il Consigliere addetto al Ministero o alla Presidenza del Consiglio dei ministri) non ne abbia rimesso l'esame alla sezione di controllo. Quest'ultima, ricevuta l'investitura, «si pronuncia sulla conformità a legge entro trenta giorni dalla data di deferimento dei provvedimenti o dalla data di arrivo degli elementi richiesti con ordinanza istruttoria. Decorso questo termine i provvedimenti divengono esecutivi»³.

La descrizione delle aree dell'attività amministrativa del Governo della Repubblica tuttora sottoposte al controllo preventivo di legittimità da parte della Corte dei conti era necessaria per offrire la dimensione di un settore di attività amministrativa tuttora pervaso da funzioni neutrali.

Infatti, la Corte costituzionale, dieci anni dopo la riforma richiamata, ha collegato la figura soggettiva competente per il controllo preventivo di legittimità sugli atti governativi, in pratica la sezione I del controllo della Corte dei conti (e le sezioni riunite quando siano competenti) alla legittimazione a proporre questioni di legittimità costituzionale, essendo considerata la sezione I (*a fortiori* le sezioni riunite, in quanto operino in sede di controllo di legittimità) alla stregua di un organo giurisdizionale, cui la legge istitutiva della Consulta riserva rigorosamente la competenza per proporre lo scrutinio di costituzionalità di norme di legge nell'ambito di una fase incidentale del giudizio che dinanzi a quel giudice si svolge.

Osserva la Corte costituzionale nella sentenza 18 novembre 1976, n. 226 redatta da Vezio Crisafulli, con la presidenza di Paolo Rossi, che «procedendo al controllo sugli atti del Governo, la Corte dei conti applica le norme di legge da cui questi sono disciplinati, ammettendoli al visto e registrazione, soltanto

³ Inoltre, «le sezioni riunite della Corte dei conti possono, con deliberazione motivata, stabilire che singoli atti di notevole rilievo finanziario, individuati per categorie ed amministrazioni statali, siano sottoposti all'esame della Corte per un periodo determinato. La Corte può chiedere il riesame degli atti entro quindici giorni dalla loro ricezione, ferma rimanendone l'esecutività. Le amministrazioni trasmettono gli atti adottati a seguito del riesame alla Corte dei conti, che ove rilevi illegittimità, ne dà avviso al ministro».

se ad esse conformi: di tal ch , essendo strettamente vincolata dalle leggi in vigore, potrebb'essere costretta, in pratica, a rifiutare il visto quando l'atto contrasti con norme pur di dubbia costituzionalit , o viceversa ad apporlo anche ove sia stato adottato sulla base e nel rispetto di norme, che siano, a loro volta, di dubbia costituzionalit . Nell'una e nell'altra ipotesi, la situazione  , dunque, analoga a quella in cui si trova un qualsiasi giudice (ordinario o speciale), allorch  proceda a raffrontare i fatti e gli atti dei quali deve giudicare alle leggi che li concernono».

In ordine alla postulata neutralit  della funzione giurisdizionale, osserviamo subito, non pu  dubitarsi come l'assimilazione del controllo di legittimit  all'attivit  del giudice implichi l'affermazione della neutralit  anche di quello speciale organo amministrativo di controllo.

Aggiunge la Consulta: «Anche se il procedimento svolgentesi davanti alla sezione di controllo non   un giudizio in senso tecnico-processuale,   certo tuttavia che, ai limitati fini dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, la funzione in quella sede svolta dalla Corte dei conti  , sotto molteplici aspetti, analoga alla funzione giurisdizionale, piuttosto che assimilabile a quella amministrativa, risolvendosi nel valutare la conformit  degli atti che ne formano oggetto alle norme del diritto oggettivo, ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico. Il controllo effettuato dalla Corte dei conti   un controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato, volto unicamente a garantire la legalit  degli atti ad essa sottoposti, e ci  preordinato a tutela del diritto oggettivo, che si differenzia pertanto nettamente dai controlli c.d. amministrativi, svolgentisi nell'interno della pubblica amministrazione; ed   altres  diverso anche da altri controlli, che pur presentano le caratteristiche da ultimo rilevate, in ragione della natura e della posizione dell'organo cui   affidato».

Questo con riferimento all'oggetto del controllo.

Il profilo soggettivo non   meno interessante⁴: «Composta di magistrati, dotati delle pi  ampie garanzie di indipendenza (art. 100, secondo comma,

⁴ Cfr. V. MESSINETTI-L. DE MAIO, *Dialogo breve sulla natura degli atti di controllo della Corte dei conti (nel dissesto degli enti locali in particolare): profili sostanziali e processuali*, in www.lexitalia.it, n. 4/2013, i quali, commentando le pronunce TAR Sicilia, sez. I, ord. 14 febbraio 2013, n. 121 e Consiglio di Stato, sez. V, 22 marzo 2012 n.1618 che riportano all'interesse dello studioso questioni sostanziali sia sulla natura degli atti controllo della Corte dei conti che sulla natura delle funzioni da questa esercitate, ritengono che la collocazione sistematica costituzionale tra gli organi ausiliari di cui agli artt. 99 e 100, non risponda alla sostanza delle sue funzioni, posto che proprio la norma di cui all'art. 100, conferisce alla Corte dei conti "il controllo sugli atti del Governo e ne assicura, all'ultimo comma, l'indipendenza da questo...., sicch  si deve intendere tale collocazione solo in funzione dell'inserimento della Corte dei conti nel procedimento destinato a rendere efficaci gli atti del Governo", secondo la tradizionale impostazione propugnata da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1952, p. 275. Cfr. A.L. TARASCO, *Il problema dell'im-*

Cost.), che, analogamente ai magistrati dell'ordine giudiziario, si distinguono tra loro "solo per diversità di funzioni" (art. 10 legge 21 marzo 1953, n. 161); annoverata, accanto alla magistratura ordinaria ed al Consiglio di Stato, tra le "supreme magistrature"; istituzionalmente investita di funzioni giurisdizionali a norma dell'art. 103, secondo comma, Cost., la Corte dei conti è, infatti, l'unico organo di controllo che, nel nostro ordinamento, goda di una diretta garanzia in sede costituzionale. Ed è appunto muovendo dall'esplicito riconoscimento di questa particolare posizione della Corte dei conti e della natura delle sue attribuzioni di controllo, che le sezioni unite della Corte di cassazione hanno avuto occasione di affermare la non assoggettabilità degli atti adottati nell'esercizio di quelle attribuzioni ad alcun sindacato (il riferimento è a Corte di cassazione 23 novembre 1974, n. 3806, sulla quale v. *infra* nota 7).

Infine, viene in evidenza il basilare principio processuale del contraddittorio allo scopo di escludere ogni eventuale dubbio residuo sull'affermata neutralità della funzione amministrativa del controllo di legittimità dei provvedimenti amministrativi: «Deve soggiungersi che non mancano nel procedimento in oggetto elementi, formali e sostanziali, riconducibili alla figura del contraddittorio. Intanto, un contrasto di valutazioni sussiste tra l'autorità che ebbe ad emanare l'atto ed il magistrato che assolve la funzione di controllo nella fase istruttoria; sicché ove il consigliere delegato non ritenga di apporre il visto, provoca il deferimento della pronuncia alla sezione I di controllo. Di tale deferimento, a norma dell'art. 24 del testo unico, così come sostituito dall'art. 1 della legge 21 marzo 1953, n. 161 e delle disposizioni regolamentari, che ne integrano e svolgono i precetti, dettate con l'ordinanza del Presidente della stessa Corte dei conti 28 novembre 1956, n. 151, viene data alle amministrazioni interessate, come pure a quella del Tesoro (oggi Economia e finanza) per quanto la riguarda, comunicazione scritta almeno otto giorni prima della seduta fissata per la discussione, con avviso della facoltà di presentare deduzioni e di farsi rappresentare davanti alla sezione da funzionari

pugnativa degli atti di controllo della Corte dei conti, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, n. 3/2011; S. GAMBARDELLA, *Sulla giustiziabilità delle deliberazioni di controllo della Corte dei conti, da cui scaturisce per l'ente locale l'obbligo di dichiarare il dissesto, adottate dalla corte dei conti nell'ambito della procedura del dissesto guidato e della procedura di riequilibrio finanziario pluriennale*, in www.contabilitapubblica.it, 14 ottobre 2013; U. ALLEGRETTI, *Controllo finanziario e Corte dei conti: dall'unificazione nazionale alle attuali prospettive*, in *Riv. C. conti*, n. 5/2013, p. 506 ss.; V. MESSINETTI, L. DE MAIO, *Dialogo breve sulla natura degli atti di controllo della Corte dei conti nel dissesto degli enti locali in particolare: profili sostanziali e processuali*, in www.lexitalia.it, n. 3/2014; P. SANTORO, *Il controllo cogente sugli equilibri di bilancio delle autonomie locali (Corte cost. 10 marzo 2014 n. 40)*, in www.giustamm.it, n. 4/2014; Id., *Il depotenziamento del controllo della corte dei conti sul bilancio preventivo delle regioni*, *ivi*, n. 3/2014; M. SALVAGO, *I nuovi controlli della Corte dei conti sulla gestione finanziaria regionale nei più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale*, in www.federalismi.it, n. 19/2015.

aventi un determinato grado. In tal modo è garantita la possibilità che gli interessi ed il punto di vista dell'amministrazione, nelle sue varie articolazioni, siano fatti valere nel corso del procedimento. Infine, la deliberazione della sezione dev'essere "sobriamente motivata", depositata in segreteria non oltre il trentesimo giorno successivo a quello in cui è stata adottata e comunicata in copia "senza indugio" alle amministrazioni interessate ed a quella del Tesoro (art. 5, ordinanza cit.); essa rimane a disposizione di chiunque voglia prenderne visione.

Circostanze, tutte queste, che concorrono a rafforzare la soluzione positiva che deve darsi al problema pregiudiziale della legittimazione della sezione di controllo a proporre a questa Corte questioni di legittimità costituzionale.

D'altronde, sul piano sostanziale, il riconoscimento di tale legittimazione si giustifica anche con l'esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte».

La sentenza -un tratto d'artista in un grande giurista- ha trovato ampia conferma nella più vicina pronuncia della Corte costituzionale n. 384/1991, che espressamente concorda con Crisafulli nel definire funzione «di garanzia dell'ordinamento» quella «di controllo esterno, *rigorosamente neutrale* e disinteressato (...) preordinato a tutela del diritto oggettivo. Tali caratteri costituiscono indubbio fondamento della legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità limitatamente a profili attinenti alla copertura finanziaria di leggi di spesa, perché il riconoscimento della relativa legittimazione (...) (è legato) alla specificità dei suoi compiti nel quadro della finanza pubblica».

Non differente trattamento è riservato dalla Consulta al "giudizio" di parificazione del bilancio, procedura assai rilevante perché diffusa ormai su tutto il territorio nazionale dalle norme di cui al d.l. 174 del 10 ottobre 2012, che ne prevedono lo svolgimento da parte della sezione regionale di controllo della Corte dei conti anche nei confronti delle singole regioni, a statuto ordinario e speciale.

Infatti, con numerose sentenze, tra le quali possono citarsi quelle n. 244 del 24 giugno 2005 e 213 del 18 giugno 2008, la Corte costituzionale ha ritenuto che, nello svolgere siffatta procedura amministrativa, tradizionalmente definita "giudizio" perché svolta nelle forme della giurisdizione contenziosa, la Corte dei conti esprima la sua funzione neutrale di controllo di legittimità al massimo livello⁵, dovendo individuare annualmente la corrispondenza -ed

⁵ Si ricorda come la dottrina più autorevole si muovesse nel medesimo senso affermando che la Corte dei conti, in funzione di controllo di legittimità, essendo questo esercitato *ab extra*, in funzione "neutra" (e cioè disinteressata) a garanzia dell'ordinamento, opera nell'ambito dell'ordinamento in una posizione di indipendenza ed insindacabilità "che ne fa un potere a se stante". Così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, I, 1989, p. 410.

abituamente il grado di *non* corrispondenza e le sue ragioni- tra preventivo e consuntivo di bilancio.

L'impostazione brevemente esposta ha espresso nel tempo varie oscillazioni e la questione si ripropone attualmente a fronte di una interpretazione giurisprudenziale che sembra muovere verso la considerazione che il controllo successivo sulle gestioni pubbliche sarebbe pura e semplice attività amministrativa, come tale soggetta al sindacato del giudice ordinario in caso di violazione di diritti soggettivi ed al sindacato del giudice amministrativo in caso di giurisdizione esclusiva e di violazione di interessi legittimi. Stesse considerazioni la giurisprudenza più attuale propone per l'attività di controllo di legittimità, ritenendola in buona sostanza parte del procedimento, ovvero attività che si inserisce strutturalmente nell'ambito del procedimento di formazione dell'atto, costituendone una sorta di condizione di efficacia, soggetta però, in quanto azione amministrativa, al controllo giurisdizionale. Corollario di questa impostazione è la sostanziale equiparazione dell'attività in argomento all'azione amministrativa: in altri termini il controllo della Corte dei conti avrebbe carattere meramente amministrativo, con tutto ciò che ne deriva in termini di sindacabilità *ex art. 113 Cost.*

Ed a ben vedere nel controllo di legittimità l'organo giuscontabile è chiamato ad operare un giudizio *ex ante* sulla conformità o meno degli atti della p.a. rispetto alle previsioni legislative e di bilancio; nel controllo successivo sulla gestione tale giudizio si basa sulla rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge, valutando comparativamente costi, modi e tempi dell'azione amministrativa. Il controllo successivo si risolve, quindi, in un giudizio *ex post* di conformità dell'azione che si realizza per il tramite di una valutazione comparativa tra il risultato dell'azione amministrativa, in rapporto ai risultati ottenuti in situazioni omogenee, ed il postulato normativo. Né vale a sminuirne il valore di giudizio la giusta considerazione che il secondo tipo di controllo si connota per il carattere prettamente collaborativo, posto che mira a stimolare l'amministrazione controllata a perseguire processi di autocorrezione sul piano delle decisioni legislative, sul piano dell'organizzazione amministrativa e delle attività gestionali e sul piano dei controlli interni.

A tali fini e per l'efficace raggiungimento degli obiettivi conformativi sopra esposti, è "*determinante l'attribuzione di tale funzione di controllo ad un organo come la Corte dei conti, la cui attività contrassegna un momento di neutralizzazione rispetto alla conformazione legislativa (politica) degli interessi*", e che si pone come "*organo posto al servizio dello Stato- comunità, quale garante imparziale dell'equilibrio economico finanziario del settore pubblico*"⁶.

⁶ Sul punto v. P. MADDALENA, *Il controllo successivo sulla gestione esercitato dalla Corte dei conti nella giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato*, in www.amcortedeiconti.it, 2003; per un *excur-*

Le argomentazioni esposte e mutate dalla nota sentenza della Corte costituzionale 27 gennaio 1995, n. 29, valgono a dissentire sul piano logico-giuridico dall'impostazione della recente giurisprudenza e dai suoi tentativi di negare spazio alle funzioni della Corte dei conti, avvicinandole, pericolosamente, alle funzioni amministrative. In realtà si deve convenire sul punto che la finalità del giudizio espresso dalla Corte dei conti, lungi dal voler influire sull'attività amministrativa, o da indirizzarne i fini -cui l'organo giuscontabile è del tutto estraneo- è quella prevista dalla legge, di promuovere comportamenti virtuosi e di autocorrezione dell'amministrazione soggetta a controllo. Il giudizio emesso dalla magistratura contabile non dispiega, infatti, alcuna influenza sul caso oggetto di controllo, operando, di contro, sul piano generale ed astratto senza riflessi operativi, se non in conseguenza dei rilievi mossi, quindi per il futuro comportamento.

Ed è proprio in tale funzione di promozione di azioni di autocorrezione, imprescindibili ed ancor più necessarie alla luce del novellato art. 97, comma secondo, della Costituzione, che si sostanzia il giudizio di terzietà della Corte dei conti e la natura neutrale dell'organo stesso nella sua funzione di controllo.

Deve dunque concludersi che sulla neutralità delle funzioni di controllo della Corte dei conti non è lecito avanzare dubbi⁷.

sus giurisprudenziale sulle funzioni della Corte dei conti e sul sindacato esercitabile sulle stesse v. M. PIERONI, S. OGGIANU, *La Corte dei conti nella giurisprudenza costituzionale*, febbraio 2015, consultabile su http://www.forgione gianluca.it/CORTE_DEI_CONTI/corte_costituzionale_giurisprudenza_corte_conti/giurisprudenza_costituzionale_Pieroni.pdf.

⁷ Cfr. G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna 1996, il quale evidenzia che l'azione dei poteri neutrali (tra i quali l'a. annovera senz'altro la Corte dei conti), fa da contrappeso rispetto al governo e, lungi dall'essere asservita al parlamento, ne completa ed integra la funzione di controllo, facendo sì che "gli interessi del pubblico siano presi in considerazione e tutelati anche, eventualmente, al di là di quanto ritenga opportuno la maggioranza parlamentare".

Il tema è tornato d'attualità in seguito alla pronuncia cautelare del TAR Sicilia, Palermo, sez. I, ord. 14 febbraio 2013, n. 121, versata in materia di dichiarazione dello stato di dissesto degli enti locali, che, sia pure soltanto in sede cautelare, ha sospeso con ordinanza una delibera della Corte dei conti, Sezione regionale di controllo, adottata per segnalare al Prefetto di Palermo la necessità di diffidare il Consiglio comunale di Cefalù a dichiarare lo stato di dissesto finanziario. Quel Tribunale ha considerato che la deliberazione della Corte "pare connotarsi, per i contenuti e gli effetti diretti sulla sfera giuridica dell'ente controllato, come atto avente natura sostanzialmente amministrativa, rispetto al quale la successiva sequenza procedimentale assume carattere meramente esecutivo". L'erronea pronuncia è stata annullata dal C.G.A. in sede cautelare con ordinanza n. 217/2013 quanto alla delibera della Corte dei conti.

Molto più interessante la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 1618 del 22 marzo 2012, con cui il giudice amministrativo, con un'ampia motivazione, pur partendo dal presupposto secondo cui "gli atti della Corte dei conti, in sede di controllo, sono imputabili ad un organo estraneo all'apparato della pubblica amministrazione,

che gode nell'ordinamento costituzionale di una posizione di indipendenza e che agisce *in funzione neutrale* a tutela della legalità e nell'interesse dell'ordinamento giuridico", conclude che i suoi rilievi "non rivestono natura amministrativa e non sono suscettibili di autonomia impugnativa". Ciò posto, tuttavia, "il giudice chiamato a valutare la legittimità dell'atto impugnato già sottoposto al controllo può indirettamente apprezzare la fondatezza dei rilievi espressi dalla Corte" (cfr. Cass., ss.uu., 25 maggio 2001, n. 220). Il sindacato indiretto del g.a. sugli atti di controllo di legittimità della Corte dei conti è tale da consentire la conclusione che i rilievi della Corte in punto di legittimità sono atti di esercizio di una funzione non giurisdizionale, ma amministrativa, sia pur adottati non da organo della pubblica amministrazione: il che rileva sulla loro inimpugnabilità diretta, ma non sulla natura giuridica dell'atto e del potere che lo legittima e ciò consente di concludere per la natura neutrale di un esercizio di funzione amministrativa.

Tale ultima affermazione trova ampia conferma su quello che era l'orientamento radicato della giurisprudenza di legittimità a partire dalla sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione 23 novembre 1974, n. 3806 (e ribadito nella successiva da Cass., ss.uu., 8 ottobre 1979, n. 5186) ove si affermava che il controllo della Corte di conti "è esercitato da una posizione di assoluta imparzialità, con esclusivo riguardo alla rigida osservanza della legge ... e viene svolto sull'operato della p.a. dall'esterno", precisando al contempo "la conseguente non assoggettabilità degli atti stessi ad alcun sindacato", difettando qualsiasi altro giudice di giurisdizione rispetto agli atti in questione. Cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, *Sulla vocazione del nostro tempo per una riforma della corte dei conti e la ricostruzione unitaria delle sue funzioni*, in *www.federalismi.it*, n. 9/2012 secondo il quale "per la Corte dei conti si può prefigurare un compito fondamentale, intorno al quale potranno e dovranno essere ridisegnati la struttura e i compiti dell'Istituto: la Corte, infatti, può e deve essere il luogo istituzionale, a livello centrale e decentrato, della verifica competente, indipendente e neutrale della quantità e qualità della spesa pubblica, operando attraverso gli strumenti dell'attività consultiva, del controllo, della giurisdizione, che ne caratterizzano, ai sensi della Costituzione, la natura". Cfr. inoltre F. SUCAMELI, *La Corte dei conti e le sue funzioni dopo l'attuazione costituzionale del fiscal compact*, in *Forum di Quad. cost.*, n. 6/2014, il quale sottolinea che la specificità del controllo della Corte dei conti "che lo allontanano da quello di matrice amministrativa, sono dunque in estrema sintesi il carattere esterno, indipendente rispetto al sistema organizzativo della Repubblica/ Stato-persona; ... il carattere "ausiliare" in senso oggettivo della magistratura. ... e la neutralità... e non la mera "imparzialità" del suo Ufficio. Per questo bisogna evitare di enfatizzare eccessivamente il ruolo della Corte come tutore degli equilibri finanziari, perché si finirebbe per intestare alla stessa un interesse pubblico specifico che minerebbe la neutralità del suo decidere in sede di controllo e giurisdizionale".

A tal fine, prosegue l'a., "è essenziale che gli strumenti dell'equilibrio siano fissati nella legge, alla quale spetta di definirne i parametri e le procedure e che il sindacato sull'eventuale irrazionalità della legge venga rigorosamente lasciato al giudice delle leggi, consentendo alla Corte di assurgere, nella dinamica istituzionale della Repubblica, al ruolo di arbitro *super partes* delle regole del coordinamento finanziario. Del resto è proprio la magistraturalità della funzione di controllo (ausiliaria dell'ordinamento e a servizio dello Stato-comunità, in posizione neutrale rispetto agli interessi

Piuttosto, sulla loro assimilabilità a quelle giurisdizionali, può essere forse opportuno puntualizzare, ciò che del resto fa anche la ricordata sentenza 226/1976, che l'assimilazione tra le due funzioni è del tutto legittima dato il contenuto dei sillogismi che i due organi in confronto devono porre in essere nella ricerca della rispettiva *ratio decidendi*: tuttavia è ben chiaro che l'organo "ausiliario" del Parlamento disegnato nell'art. 100 Cost. non può certo essere assimilato al "giudice" del nostro ordinamento se non per quell'aspetto contenutistico⁸.

Infatti, ordinario o speciale, il giudice è indipendente, imparziale⁹ e neutrale, ma appartiene ad un ordine (come nella prassi, incarna un potere) netta-

in gioco) che ha consentito l'accesso della Corte dinanzi al giudice delle leggi, limitatamente al suo ruolo di "giudice di interessi adespoti e diffusi e che, in prospettiva, per effetto delle recenti pronunce potrebbe ottenere un ulteriore e rafforzato riconoscimento, anche in sede di controlli di riesame e di legittimità".

⁸ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Federalismo e giustizia amministrativa*, in *www.federalismi.it*, n. 18/2010 il quale evidenzia che "nella "giustizia amministrativa" rientrano non solo le attività giurisdizionali repressive e ripristinatorie, ma anche le funzioni di preventivo indirizzo verso risultati di legalità e buona amministrazione. Tra queste ultime funzioni emerge senz'altro quella consultiva -propria del Consiglio di Stato- sugli atti del Governo e segnatamente sugli atti normativi, per i quali è istituita un'apposita Sezione consultiva, ai sensi della legge n. 127/97 (mentre la funzione consultiva esercitata a proposito dei ricorsi al Presidente della Repubblica è piuttosto da ascrivere a quelle di carattere contenzioso). Con l'esercizio di tutte le funzioni, sia quelle giurisdizionali, quelle contenziose e di consulenza sugli atti del Governo, e segnatamente sugli atti normativi, il Consiglio di Stato opera, secondo la dizione in uso, al servizio dell'ordinamento, cioè in applicazione esclusiva della Costituzione e delle leggi, senza alcun coinvolgimento negli interessi di parte, ivi compresi quelli propri del Governo come organo politico (di fronte al quale, al Consiglio di Stato in quanto tale, e ai suoi "componenti", è assicurata dalla legge "l'indipendenza": art. 100, ult. co.)". A questo punto, l'equiparazione dell'a.: "Allo stesso modo agiscono in posizione di neutralità le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti alle quali la l. n. 131 del 2005 ha attribuito poteri di collaborazione e di consulenza, da esercitare in favore degli enti del governo territoriale, in materia di contabilità pubblica, nonché ai fini della regolare gestione finanziaria, dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa (art. 7, comma 8, l. ult. cit.)"

⁹ In dottrina si esprimono tuttavia dubbi sulla certezza della garanzia dell'imparzialità del giudice: in occasione di un incontro dedicato all'analisi del rapporto tra potere giudiziario e potere politico, è stato evidenziato come le tre caratteristiche fondamentali che devono connotare il servizio di giustizia reso ai cittadini come un servizio di "buona qualità" (nell'esemplificazione di E. CHELI, *Introduzione alla Tavola rotonda su "Separazione, collaborazione e conflitto tra poteri"*, in *Magistratura e politica*, a cura di S. Merlini, Fondazione Cesifin Alberto Predieri, Firenze 2016, p. 229 ss., si tratta dell'imparzialità, dell'affidabilità e dell'efficienza), tra loro "strettamente condizionate e legate all'esistenza di un rapporto ben equilibrato tra potere giudiziario e potere politico", siano spesso messe in crisi da situazioni di squilibrio che vedono da una parte, "un potere politico che è tentato di condizionare e limitare l'indipendenza

mente distinto e lontano da quello di controllo esterno di legittimità esercitato da parte di un “istituto” che la Costituzione colloca tra quelli *ausiliari* (della funzione pubblica) all’art. 100.

3. Aspetti di neutralità nella funzione consultiva

La neutralità della funzione amministrativa non può incontrare, nel suo esercizio, i limiti (ad es. temporali) cui è soggetta l’attività amministrativa attiva: se, infatti, il compito di attuazione della legge richiede approfondimenti e dibattiti all’interno di un collegio che stia svolgendo funzione amministrativa neutrale, non c’è spazio nell’ordinamento per introdurre il rischio di alterare l’autenticità del risultato di quella attività, sicché essa deve svolgersi anzitutto nel tempo necessario e tutt’altro che predeterminabile. Ciò è proprio di una funzione cui non è connesso un risultato di amministrazione attiva, da svolgere nel tempo più breve che si possa, bensì un compito -prezioso nel pubblico interesse- ma limitato al puro e semplice studio e conseguente pronuncia *pro-*

del giudice per ottenere vantaggi propriamente politici; da un’altra parte, ... un potere giudiziario che, a sua volta, può essere tentato di condizionare e limitare la libertà di scelta del potere politico”. Sicché, rileva l’a., v’è una tendenza alla politicizzazione della giustizia, cui si contrappone quella alla giurisdicizzazione della politica.

Il problema viene individuato a monte, secondo la prospettazione di G. AMATO, *Intervento alla Tavola rotonda, ivi*, p. 233 ss., ovvero nella incapacità di definire con sufficiente nettezza i confini specifici che separano i poteri dello Stato “quando si trovano a decidere sulle medesime questioni”; incapacità di comprendere appieno “cos’è la divisione dei poteri adottata dalla Costituzione della Repubblica” e che “la *iurisdictio* esiste per controllare il *gubernaculum*, ... non ne è figlia”, bensì “è la garanzia della regola del diritto”. Alla base di questa incapacità ci sarebbe, secondo il pensiero dell’a., la circostanza per la quale “noi siamo figli di una rivoluzione la quale, coerentemente con i propri principi, si aspettava che il giudice fosse guidato dal legislatore nell’interpretare la legge, senza permettersi scelte interpretative, ma sottoposto sempre ad una permanente interpretazione autentica del legislatore, perché è il legislatore il titolare del potere”.

Ma la legge non può essere applicata *sic*: per garantire una risposta “di giustizia” alla domanda di tutela effettiva dei diritti, il giudice non potrà che interpretare la legge per applicarla al caso concreto e la sua interpretazione non potrà che mutare nel tempo per adeguarsi alla mutevolezza dell’evoluzione sociale e alle necessarie differenziazioni applicabili al singolo caso: non significa tradire il compito di “fare giustizia” nella tutela dei diritti, bensì tutelarli attraverso strumenti sempre più adeguati ai tempi e non limitati alla lettura dell’interpretazione letterale della legge; ma questo, necessariamente, comporta anche che una fetta di imparzialità del giudice possa entrare in crisi nel momento in cui è necessario prendere una decisione che tuteli i diritti dedotti in giudizio: “I giudici interpretano la legge e, nel farlo, hanno la responsabilità di anticipare anche chi la legge dovrebbe cambiarla, quando è la legge superiore, la Costituzione, a pretendere che così accada” (*Op. ult. cit.*, p. 239).

veritate, fuori di ogni interesse di parte, anche del più accettabile e meritevole degli interessi di parte¹⁰ pubblica.

L'attività imparziale, viceversa, può rispondere, e normalmente risponde, a criteri diffusi e comuni nell'ordinamento amministrativo, che privilegiano la rapidità della conclusione di ogni procedimento in ragione di un'utilità riconducibile all'efficacia e all'effettività dell'intervento amministrativo.

Guardando, ad esempio, all'attività consultiva -mediante la quale gli organi dell'amministrazione consultiva forniscono a quelli di amministrazione attiva dati di conoscenza, suggerimenti, chiarimenti giuridici e tecnici, elementi di giudizio, al fine di migliorarne e agevolarne l'azione, rendendola maggiormente conforme al pubblico interesse¹¹- ed in particolare alle valutazioni tec-

¹⁰ Cfr. A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, Milano 2003, p. 1137, il quale rileva come, in materia di pareri cc.dd. partecipativi, la legge sul procedimento amministrativo sembrerebbe disegnare una decisa cesura tra il momento partecipativo e quello consultivo che dovrebbe consistere in un "apprezzamento strumentale e non condizionato dalla tutela di uno degli interessi compressi".

¹¹ L'elemento distintivo del parere nell'ambito della fase preparatoria rispetto alla decisione, sembrerebbe potersi rintracciare nel ruolo collaborativo che esso assume ai fini della formazione di questa, che va oltre la semplice idoneità ad elaborare una soluzione ponderata, caratterizzandosi per essere manifestazione, più che di mera conoscenza, 'di consiglio e di opinione', secondo l'impostazione tuttora attuale di SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1930, ripresa da A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940, poi da F. FRANCHINI, *Il parere nel diritto amministrativo*, Milano 1945 e F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino 1967.

"Il parere è, di regola, *rappresentazione dell'esito possibile del procedimento*, prospettazione della stessa soluzione finale, o di un suo specifico aspetto; in ciò trova più adeguata definizione la tradizionale caratteristica dell'ausiliarietà del contributo conclusivo, mentre restano estranei al parere effetti decisori, tanto che l'autorità procedente ha la facoltà di disattendere motivatamente i contenuti dell'atto consultivo". Così M.G. DELLA SCALA, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, in Alb. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit. p. 530, la quale ritiene non convincenti quegli orientamenti minoritari che "ascrivono il parere alla fase decisoria del procedimento, attraverso l'esaltazione degli aspetti sostanziali del parere, la riconduzione alle estreme conseguenze delle teorie 'sostanzialistiche' del procedimento, operando considerazioni empiriche insieme a una decisiva svalutazione degli elementi formali del procedimento stesso e dell'atto consultivo. Si evidenzia, in tali posizioni, l'idoneità della fase consultiva ad assorbire in gran parte lo spazio della scelta discrezionale, stante la particolare attitudine degli organi consultivi -specie rappresentativi- a compiere il complesso procedimento creativo di determinazione e specificazione degli interessi che si vuole, in genere, riservato alla competenza degli 'organi attivi'" questo il motivo, secondo l'a., per il quale gli atti consultivi, specie quelli a contenuto tecnico, sarebbero sempre dotati -e soltanto per questo assimilabili alla decisione- di particolare "efficacia persuasiva". Quest'ultima, tuttavia, sfuggendo

niche disciplinate dalla legge n. 15/2005 mediante due norme assai diverse da quelle formulate nel testo della legge originaria n. 241/1990, emergono elementi di riflessione interessanti quanto alla ricerca presente.

A) La norma di cui all'art. 16 consente di osservare anzitutto la drastica riduzione a soli venti giorni (la precedente misura -l. n. 127/1997 (c.d. legge Bassanini bis)- era di quarantacinque giorni, quella originaria -l. n. 241/1990- era di novanta giorni) del termine, che decorre dal ricevimento della richiesta dell'amministrazione attiva interessata, per emettere pareri obbligatori; quanto ai pareri facoltativi, gli organi consultivi «sono tenuti a dare immediata comunicazione alle amministrazioni richiedenti» del termine, non superiore, comunque, a venti giorni, nel quale «il parere sarà reso»¹².

In entrambi i tipi di procedimento è prevista (art. 16, co. 4) l'interruzione del suddetto termine per una sola volta, motivata da esigenze istruttorie che siano state palesate dall'organo consultivo: nello stesso tempo, tuttavia, si restringe a quindici giorni il nuovo termine -decorrente dalla ricezione degli elementi istruttori- a provvedere definitivamente.

Non sembra che le sezioni consultive, ormai solo due, del Consiglio di Stato abbiano risentito eccessivamente dell'inevitabile aggravio di lavoro conseguente alla restrizione del termine.

Quanto alla rapidità imposta all'esercizio della funzione consultiva dalle norme successive (legge n. 69 del 2009), deve osservarsi che ad essa si accompagna la previsione dell'obbligo gravante sugli "organi consultivi dello Stato" (Consiglio di Stato, sezioni I e II e Adunanza generale, Avvocatura generale, Consiglio superiore dei lavori pubblici, Corte dei conti, CNEL, CNR e Università in minor misura) di predisporre «procedure di particolare urgenza per l'adozione dei pareri loro richiesti», trasmissibili, inoltre, solo «con mezzi telematici» (co. 5)¹³.

ad una categorizzazione giuridica, non è capace di alterare la *fisionomia* del parere che resta un atto endoprocedimentale, privo di effetti giuridici esterni.

¹² Con l'intervento del d.l. n. 35 del 2005 convertito nella legge n. 80 del 2005 che ha modificato il comma 4 dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, incidendo sui termini di conclusione del procedimento, si è dato vita a "nuove questioni in merito al problema del coordinamento dei termini di conclusione del procedimento e di quelli per lo svolgimento del *sub-procedimento consultivo*". Cfr. M.G. DELLA SCALA, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, cit. La legge n. 69 del 2009 ha fugato ogni dubbio -ove mai ce ne fossero stati- sulla compatibilità dei tempi delle due fasi procedurali, riducendo i tempi per la comunicazione del parere obbligatorio e inserendo l'indicazione di un termine massimo per la comunicazione del parere facoltativo e l'imposizione dell'accantonamento del parere tardivo.

¹³ Con riferimento alla funzione consultiva esercitata dal Consiglio di Stato sugli atti normativi, cfr. G. FONTANA, *Considerazioni critiche sul ruolo del Consiglio di Stato nella più recente attività di semplificazione normativa*, in www.federalismi.it, n. 3/2015.

Rileva osservare che «in caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere obbligatorio ... è in facoltà dell'amministrazione richiedente di procedere indipendentemente dall'espressione del parere». Se, viceversa, nella stessa fattispecie sia presente la richiesta di parere facoltativo, «l'amministrazione richiedente *procede*» senza il parere¹⁴.

Le due fattispecie, della cui diversità basilica non sembra voler tenere conto il legislatore, trovano come elemento di *jus singulare* una norma-incentivo, quella contenuta nel co. 2, seconda parte dell'art. 16: «il responsabile del procedimento non può essere chiamato a rispondere degli eventuali danni derivanti dalla mancata espressione dei pareri di cui al presente comma».

A quanto pare, con una norma di diritto singolare, l'attività consultiva è stata volutamente posta in ombra dal legislatore dell'efficacia, dal momento che la necessità prevista dalla legge di un parere preventivo che può essere superato soltanto con adeguata motivazione da parte dell'amministrazione "precedente" si dissolve dinanzi alla prospettiva dell'immunità per gli eventuali danni che il provvedimento privo del chiesto parere possa provocare¹⁵, tanto che il responsabile del procedimento può ritenersi semplicemente esonerato dall'obbligo di insistere nel tentativo di ottenere il parere obbligatorio e quello facoltativo.

Resta, tuttavia, l'ipotesi che il responsabile decida di soprassedere, vista la reticenza dell'organo consultivo che avrebbe dovuto emettere il parere obbligatorio e la presenza di un rischio concreto di sottoscrivere un atto illegittimo e dannoso.

Assai più singolare è, viceversa, la scelta del legislatore quanto al caso di mancata prestazione di un parere "facoltativo". A differenza del parere pre-

¹⁴ Per un'analisi critica della disciplina dei pareri facoltativi introdotta dalla legge n. 15 del 2005, sia consentito il rinvio a M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Considerazioni sulla disciplina dell'attività consultiva*, in L.R., Perfetti (a cura di), *Procedura, procedimento e processo*, Padova 2011.

¹⁵ V. PARISIO, *L'attività consultiva*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2011, *cit.*; G. GRASSO, *Art. 16 Attività consultiva*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma 2010, p. 414 ss.; V. PARISIO, *Novità e conferme nella disciplina degli atti consultivi prevista dalla legge 15 maggio 1997, n. 127*, in AA.VV., *Semplificazione dell'azione amministrativa alla luce della legge 15 maggio 1997, n. 127*, Milano 1998, p. 68 ss.; D. MASTRANGELO, *La tecnica nell'amministrazione: fra discrezionalità, pareri e merito*, Bari 2003; C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna 2002. Secondo la prospettazione di M.G. DELLA SCALA, *Attività consultiva cit.*, p. 540, la scelta del legislatore di sollevare il responsabile del procedimento dalla responsabilità per gli eventuali danni derivanti dalla mancata espressione del parere opportunamente richiesto, "discutibile, dal momento che non pare agevole rinvenire nella omissione di un atto consultivo una fonte diretta di danno", sarebbe da rintracciarsi in uno "stimolo verso i responsabili dei procedimenti a condurli senza riserve a conclusione, una volta scaduto il termine per l'emissione del parere".

visto da una norma di legge o di regolamento come *obbligatorio*, il parere facoltativo viene chiesto dall'amministrazione procedente al di fuori di qualsiasi obbligo giuridico, dunque quale conseguenza di una valutazione precauzionale compiuta dal responsabile del procedimento: questi chiede un parere ordinariamente soltanto se egli stesso non si consideri in grado di provvedere nella legittimità e/o con sue scelte di merito che non riesce a compiere con il dovuto grado di sicurezza.

Costringere, dunque, come fa la norma in esame, quell'amministrazione a *procedere* perché la richiesta di parere non ha sortito alcun esito nei venti giorni, equivale a sospingere, se la logica si voglia rispettare, verso un provvedimento assai probabilmente illegittimo, gravemente erroneo, forse foriero di danni. In questo caso, è assai opportuna l'esenzione di responsabilità per gli "eventuali danni" causati dalla "mancata espressione dei pareri", in quanto il responsabile del procedimento aveva chiesto un parere quando non era obbligato dalla legge, ma più spesso sospinto dalla piena consapevolezza di *non sapere, non potere* provvedere con sufficiente sicurezza di ottenere buona amministrazione.

La previsione di un obbligo di procedere dopo siffatta "confessione", che dovrebbe considerarsi implicita in ogni forma di richiesta di parere facoltativo non è, dunque, condivisibile.

Nelle due fattispecie esaminate, si riscontrano in realtà tutti gli elementi per escludere che la consulenza amministrativa in questione esprima una funzione neutrale¹⁶. Quando essa viene esercitata dal supremo consesso amministrati-

¹⁶ Non rileva in linea di principio, secondo M.G. DELLA SCALA, *Attività consultiva, cit.*, p. 526, che il contributo consultivo endoprocedimentale sia reso da un organo interno, ovvero esterno all'amministrazione: "la distinzione tra '*organi consultivi interni*' e '*organi consultivi esterni*' è fondata sul criterio dell'appartenenza o meno dei medesimi all'organizzazione pubblica in cui è inserito l'organo deputato a manifestare la volontà dell'ente nello specifico procedimento". Sicché sono organi esterni per definizione il Consiglio di Stato e il CNEL, "la cui attività consultiva, a servizio dello 'Stato - comunità', si caratterizza per una più marcata 'neutralità', per l'assenza in capo ad essi, di un ruolo direttamente 'collaborativo' alla determinazione e cura dell'interesse pubblico specifico perseguito dall'autorità richiedente. Il relativo compito si risolve, piuttosto, nell'inquadramento di tale interesse nell'ordinamento giuridico complessivo". Sia gli organi consultivi esterni che quelli interni svolgono in ogni caso attività interna, "intesa come attività giuridicamente rilevante ma inidonea a produrre immediate modificazioni nella sfera giuridica dei destinatari dell'attività amministrativa". Cfr. sul punto E. FOLLIERI, *Quadro positivo dell'amministrazione statale, regionale e locale. Gli altri enti pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo, cit.*, I, p. 5 ss.

Senonché, per organo consultivo s'intende anche l'ente pubblico con attribuzioni consultive, "entità organizzative titolari di interessi propri, eterogenei o comunque non coincidenti con quelli perseguiti dall'autorità procedente; strutture di cui non è possibile predicare la posizione ausiliaria e servente rispetto a quest'ultima, quindi la

vo, la consulenza fin qui presa in esame è certamente imparziale e svolta con indipendenza assoluta nell'esclusivo interesse della buona amministrazione: tuttavia essa, mentre soggettivamente non è priva di alcun requisito per l'esercizio di funzioni neutrali, risulta orientata oggettivamente nella sua doverosa attività a consigliare il Governo, il singolo Ministero, l'ente governativo attraverso il ministro vigilante, per la miglior scelta amministrativa che, rispettando le leggi ed i regolamenti, possa ottenere gli effetti economico-sociali tendenti al risultato del maggior benessere della popolazione, sconsigliando operazioni finanziarie, contratti passivi troppo rischiosi ed onerosi, rifiutando l'approvazione di statuti di enti vigilati redatti in violazione di principi dell'ordinamento generale, interpretando le norme di legge, specie se nuove, nell'interesse della pubblica amministrazione che deve applicarle e farle applicare, affinché si dissipi il dubbio esegetico insorto.

D'altro canto, la funzione consultiva soddisfa un'esigenza di informazione, di acquisizione di elementi di giudizio utili all'esercizio del potere di manifestare all'esterno la volontà dell'amministrazione; essa quindi pone l'amministrazione consultiva in una evidente posizione di ausiliarità e funzionalità rispetto agli organi di amministrazione attiva ed ai provvedimenti di quest'ultima.

Tutto ciò è amministrazione consultiva, preziosa e del maggior livello, che tuttavia, non può negarsi, si colloca sul confine dell'area neutrale dell'azione amministrativa perché il consulente amministrativo si colloca *al fianco* dell'amministrazione con l'obbligo di servizio non certo di assecondarla, ma di *ausiliarla* -come vuole la Costituzione (sezione III del titolo III della parte II: «Gli organi ausiliari»; art. 100, co. 1: «Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione»)- nella sua attività di amministrazione attiva efficace, per giunta in via di principio assai spesso urgente. Ausiliare l'organo che provvederà potrebbe dirsi attività che partecipa alla formazione del provvedimento, dunque non possono ignorarsi le perplessità che dalla descritta disposizione derivano allorché si voglia ricomprendere l'attività consultiva nella funzione amministrativa neutrale.

Tuttavia "*animus in consulendo liber*" è il principio che si legge scolpito nel palazzo c.d. della dogana che sorse lungo lo "Stratùn" dell'antica Ragusa adriatica (ormai da tempo Dubrovnic): la vera e soprattutto legittima consulenza è neutrale in sé o non è consulenza. È questa la ragione in forza della quale i costituenti hanno accomunato sotto il titolo di "Organi ausiliari" istituti come la Corte dei conti che, certamente, nell'attivarsi per il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo svolge una funzione ausiliaria in senso atecnico, *rectius* lato, il Consiglio di Stato nelle sue sezioni consultive, è organo di consulenza giuridico-amministrativa, oltre ad essere più in

neutralità e imparzialità proprie dell'*organizzazione consultiva* in senso tradizionale". Così ancora M.G. DELLA SCALA, *Attività consultiva*, cit., p. 528.

generale il tutore della “giustizia nell’amministrazione” che prevede sempre garanzie di legittimità ma in misura diversa, a seconda che esprima un parere ormai vincolante in sede di ricorso al Presidente della Repubblica, o si esprima in sede giurisdizionale. Il Consiglio nazionale dell’economia e del lavoro è organo di consulenza delle Camere e del Governo, per le materie di sua competenza, ma proprio in queste ultime gode di iniziativa legislativa contribuendo all’elaborazione della legislazione economica e sociale (il CNEL, per *communis opinio*, è sempre in via di abrogazione con legge costituzionale, la sua funzione essendo stata in qualche modo “occupata” dai sindacati dei lavoratori dipendenti).

A.1) Senonché il panorama appena individuato muta radicalmente allorché l’amministrazione consultiva abbia ad oggetto «pareri che debbano essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini»: perché in questi quattro casi tutte «le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non si applicano» (co. 3).

Dunque, né pareri obbligatori disattendibili con idonea motivazione e facoltà di procedere per il responsabile del procedimento senza di essi dopo la scadenza del termine di venti giorni dalla richiesta, né esenzione di responsabilità in questo e nel caso del parere facoltativo non emesso nel termine dell’attività tuttavia svolta senza averlo atteso: i quattro valori egemoni vengono tutelati dal legislatore con la preclusione per qualsiasi norma di accelerazione, di surroga e di esenzione da responsabilità.

Il parere è reso nel *tempo giusto*, quello necessario a prestare il servizio consultivo previsto dalla legge nell’interesse dell’intera comunità e non sopporta procedure sommarie, né silenzi significativi, tanto meno devolutivi: infatti, finché esso non venga reso, l’amministrazione attiva deve tacere, mentre chi ha interesse specifico, poiché sta subendo un arresto del procedimento che potrebbe arrecargli vantaggi se il parere fosse reso in senso favorevole, potrebbe, soltanto dopo un tempo ragionevolmente commisurato alla difficoltà ed all’ampiezza dell’indagine voluta dalla legge, sospingere con istanze e poi diffide e, almeno in teoria, ricorsi giurisdizionali contro l’arresto *contra legem* del procedimento l’organo consultivo ad assolvere al suo obbligo di rendere il parere.

La stessa amministrazione in attesa del parere, se convinta della rilevanza della conclusione del procedimento nell’interesse pubblico, potrebbe farsi a domandare all’organo consultivo la data di presumibile espressione del parere, rivolgersi con motivata istanza al presidente dell’organo per rappresentare le ragioni della sua conclusione, dopo un ampio periodo di attesa, nel pubblico interesse: ma nessuna pretesa in realtà è ammessa dalla legge per ottenere un parere il cui mancato rilascio comporterà l’arresto definitivo del procedimento.

Né può negarsi che il giudice amministrativo potrebbe valutare, sulla base di dati esperienziali e dell’influenza dei principi, il *quando*¹⁷ di questo o di quel

¹⁷ Cfr. su questi problemi i contributi fondamentali di A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari 1988; cfr., inoltre, L. BENVENUTI,

procedimento consultivo nelle quattro materie della tutela dell'ambiente, del paesaggio, del territorio (urbanistica e protezione civile) e della salute dei cittadini¹⁸.

Ma, nel silenzio dell'organo consultivo, è arduo riconoscere nei casi in questione una violazione della legittimità, o comunque un inadempimento a doveri d'ufficio: salvo che, ad esempio, nella richiesta di documenti ed elementi integrativi o in altri documenti provenienti dalla Commissione consultiva il giudice ravvisi un'impostazione palesemente erronea dell'organo consultivo sì da consentirgli un giudizio sul comportamento di chi abbia illegittimamente arrestato un procedimento amministrativo, pregiudicando gli interessati alla sua conclusione.

In conclusione, nel silenzio della legge sul procedimento amministrativo, i pareri nelle quattro materie citate sono sostanzialmente sempre vincolanti per l'amministrazione attiva, devono essere richiesti, la loro emanazione non è sottoposta a termine, è preclusa ogni forma di silenzio devolutivo, sono emessi da organi vari, non sempre totalmente indipendenti rispetto alla struttura amministrativa, ma sempre incontestabili nell'esercizio della loro funzione, fatte salve le ipotesi eccezionali che consentano al giudice amministrativo di identificare nell'arresto procedimentale conseguente al silenzio dell'organo consultivo, un'illegittimità meritevole di motivato intervento in sede di giurisdizione generale di legittimità.

B) Si passa ora alla lettura delle norme contenute nell'art. 17, intitolato *valutazioni tecniche*, come modificato dall'art. 21 della l. n. 15/2005.

La discrezionalità amministrativa, Padova 1986. Per altri spunti sulla discrezionalità, con particolare riferimento alla discrezionalità nel *quando*, si veda di recente, M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in www.federalismi.it, 17/2015; F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in www.federalismi.it, 20/2015; V. DI IORIO, *Osservazioni a prima lettura sull'autotutela dopo la l. n. 124 del 2015: profili di incertezza nell'intreccio tra diritto amministrativo e diritto penale*, in www.federalismi.it, 21/2015; M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in www.federalismi.it, 20/2015; G. CORSO, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survey*, in www.federalismi.it, 20/2015; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio dopo la Riforma Madia*, in *Giur.it.*, 2015, 2748 ss.; G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e app.*, 1/2016; F. COSTANTINO, *L'annullamento d'ufficio del provvedimento*, in Alb. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 2016, p. 869 ss.; E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, in *Riv. giur. ed.*, 4/2015, pp. 730 ss.

¹⁸ Elenco determinato da ultimo dall'art. 17 della l. n. 127/1997, che ha opportunamente interrotto la precedente endiadi "paesaggistico-territoriale" causa di confusione, ma che continua a postergare la salute dei cittadini lasciandola all'ultimo posto, quando la maggior -non certo esclusiva- motivazione delle tutele ambientali, paesaggistiche e territoriali è proprio nella salute fisica dei cittadini.

Si tratta di pareri tecnici, non più tecnico-giuridici o giuridico-amministrativi, ma semplicemente “tecnici”, da emettere dopo una valutazione responsabilmente completa e approfondita nella misura giusta, da parte di “organi o enti appositi”; operazioni strumentali ad assicurare “corrispondenza e adeguatezza tra il provvedere e l’oggetto del provvedere”¹⁹. Qui è evidente che la norma della legge sul procedimento amministrativo richiama le discipline speciali che ogni valutazione tecnica sorreggono; la prima emerge quindi da norme sui principi che devono guidare ogni caso di valutazione tecnica.

Il parere tecnico deve essere reso nei novanta giorni se non sia intervenuta da parte dell’organo consultivo l’esternazione di esigenze istruttorie concernenti il parere a rendersi secondo la disciplina speciale dettata da leggi o regolamenti per ciascuna valutazione tecnica. Qualora le discipline del termine finale e dell’incidenza su di esso dell’attività istruttoria integrativa manchino, la norma succedanea e generale di cui all’art. 17 determina in novanta giorni dal ricevimento della richiesta il termine per rendere il parere; per il caso dell’intersezione istruttoria, la norma di cui al co. 3 dell’art. 17 fa rinvio relettivo a quella del co. 4 dell’art. 16: una sola interruzione e quindici giorni ancora per esprimere il parere.

Segue l’interessante regolazione dell’ipotesi nella quale nulla pervenga all’amministrazione richiedente alla scadenza del suddetto termine.

Si innestano, in tal caso, obblighi alternativi di richiesta -da parte del responsabile del procedimento- della valutazione tecnica rivolta ad altri organi o enti pubblici che siano dotati di *qualificazione e capacità tecnica equipollente* rispetto a quella dell’organo indicato in origine dalla legge o dal regolamento. In ultima analisi (“ovvero”) ad istituti (*recte* dipartimenti) universitari.

¹⁹ Cfr. G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. Mazarroli *et alii* (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., p. 1274. Si afferma qui l’idea che l’atteggiarsi della valutazione tecnica rispetto al momento decisionale, nonché agli altri istituti di contributo di conoscenza, dipenda anche dal modo in cui il legislatore costruisce le varie fasi della sequenza procedimentale (cfr. G. BARONE, voce *Discrezionalità*, I (*Diritto amministrativo*), in *Enc. giur.*, XI, Roma 1989, p. 1 ss.), essendo possibile “isolare la serie di operazioni che non integrano la decisione, ma la preludono, che non sono il provvedimento, ma ne costituiscono il presupposto”, sicché la procedimentalizzazione dell’attività amministrativa ha... progressivamente condotto alla ‘giuridicizzazione’ di un ambito tradizionalmente ascrivito al ‘merito amministrativo’”, riducendo progressivamente lo spazio riconoscibile alla scelta discrezionale o tecnico discrezionale, “ricondata al momento del giudizio sintetico finale, lasciando ‘scoperti’ i momenti prodromici, di accertamento dei fatti e di apprezzamento degli stessi, anche attraverso, appunto, valutazioni tecniche”. In termini M.G. DELLA SCALA, *Attività consultiva*, cit., ma v. anche S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Perugia 1992 e F. SATTA, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, VI, Roma 1998; nonché Id., voce *Imparzialità*, *ivi*, 1989. Cfr. anche i riferimenti bibliografici richiamati *supra*, capitolo II e nelle note precedenti di questo capitolo.

È evidente che, in questo caso, mancano le norme sulla facoltà o l'obbligo di *procedere* prescindendo dal parere non reso: dunque, qualora ai tentativi messi in campo dal responsabile del procedimento non segua l'espressione della valutazione tecnica dai soggetti o dagli organi assimilabili a quello indicato dalla norma, l'amministrazione non può "attivarsi" e il procedimento subisce un arresto che appare fisiologico almeno sul piano formale del rispetto dei limiti determinati in sede legislativa o regolamentare.

Anche per le *valutazioni tecniche* è prevista la normativa rigida nel caso di valutazioni che debbano essere prodotte da amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente, alla tutela *paesaggistico-territoriale*²⁰ e della salute dei cittadini: il procedimento si arresta definitivamente se non sopravviene la valutazione dell'organo o ente individuato dalla norma preordinata, restando preclusa ogni possibilità di acquisire *aliunde* il parere tecnico.

C) Per tirare le fila nella materia dell'amministrazione consultiva sottoposta ad indagine, può forse dirsi anzitutto che i pareri resi da organi o soggetti in materia di tutela della salute, dell'ambiente, del paesaggio e del territorio possono rientrare nella fattispecie astratta dall'esercizio di funzioni amministrative neutrali.

Infatti, prescindendo dalla situazione di non completa indipendenza nella quale l'organo competente si trova frequentemente nei confronti dell'amministrazione attiva, come accade nell'organizzazione regionale della tutela della salute, dell'ambiente, del paesaggio e del territorio, nei casi nei quali, viceversa, l'organo consultivo possa definirsi almeno relativamente indipendente rispetto al vertice e alla struttura amministrativa della quale pure esso sia parte, si può senz'altro richiamare la nozione di attività neutrale.

L'Azienda sanitaria locale competente per la salute e l'igiene pubblica -attraverso il suo dipartimento di prevenzione del servizio igiene degli alimenti e della nutrizione- può intervenire, ad esempio, sulla produzione di pasta o di prodotti caseari, della pesca, delle carni macellate, ecc., di dubbia pericolosità alimentare aprendo un sistema di allerta europea fino allo svolgimento della valutazione tecnica che porterà al chiarimento della realtà ed all'eventuale revoca della procedura di allerta, disciplinata dal reg. (CE) n. 178/2002, del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 gennaio 2002 (in g.u.c.e. 1.2.2002,

²⁰ La *liaison* eliminata nell'art. 16 resta, viceversa, nell'art. 17: è probabilmente un mero errore ostatico del legislatore, ma si tratterebbe di circostanza ormai irrilevante. Infatti, la considerazione specifica del territorio da una parte e del paesaggio dall'altra risulta affermata innovativamente nell'articolo precedente a proposito dei pareri giuridico-amministrativi: né può riconoscersi ragione logica di negarla nella più pregnante e delicata materia delle valutazioni tecniche. Proprio per questa ragione, non convince la prospettazione di I. FRANCO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Bologna 1995, il quale ritiene che l'eliminazione della *liaison* troverebbe la sua *ratio* nella volontà di considerare i due profili come interessi diversi, in genere affidati alla cura di plessi amministrativi distinti.

n. L 031, parzialmente modificato per integrazione dal reg. (CE) n. 882/2004), che istituisce l'autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa le procedure nel campo della sicurezza alimentare.

Si osserva che l'applicazione del principio di precauzione potrebbe finire per danneggiare senza alcun motivo la gestione dell'impresa sottoposta -per un mero sospetto e per *precauzione*- al sistema di accertamento europeo (tutte le autorità analoghe negli Stati dell'UE vengono immediatamente informate dell'allerta perché possano bloccare l'ingresso del prodotto alterato o avariato nelle rivendite commerciali del rispettivo Stato). Tuttavia, un rischio di questo genere è sventato in brevissimo tempo in quanto il servizio competente deve far seguire al sequestro di campioni alla prima ispezione dell'ambiente di produzione dell'alimento, immediate analisi chimiche, analisi di correttezza alimentare obiettive e complete, guidate da protocolli convenuti a livello di Unione europea.

Gli uffici autori dell'analisi devono essere, infatti, indipendenti dal servizio di igiene degli alimenti e dei mangimi (SIAM), com'è per gli uffici dell'ARPA, le agenzie regionali per la protezione dell'ambiente, o per i gabinetti provinciali di analisi, dove essi sopravvivano, per i dipartimenti universitari o del CNR competenti, ecc.

Questa diversità allocativa forse può non bastare per affermare la presenza del requisito soggettivo dell'indipendenza dell'organo consultivo-valutativo dalla struttura richiedente il parere o la valutazione: ma, in realtà, ponendo mente alla circostanza che una controanalisi promossa dall'impresa alimentare posta sotto procedura di allerta europea potrebbe smentire facilmente ed in poche ore la conclusione negativa di un organo "influenzato" dal potere locale, almeno il caso di atteggiamento deviante e persecutorio dell'organo neutrale è fronteggiabile e può essere posto nel nulla agevolmente in sede difensiva.

Sembra, a questo punto, di dover escludere una fonte di deviazione erronea nell'*iter* argomentativo che stiamo percorrendo: che il laboratorio pubblico dove si eseguono le verificazioni possa essere tutt'altro che neutrale è evento possibile. Ma la valutazione non neutrale più non rileva sul piano della riconoscibilità della funzione, una volta che il tipo di analisi sia preordinato da norme tecniche di sicura obiettività e considerando che le ipotesi del *favor* o del *disfavor* subito passano, in casi come questo, oltre il confine che distingue l'attività retta dal principio di legalità dalla patologia dell'illiceità commessa dal funzionario, ciò che già in applicazione dei principi generali sul rapporto organico, *recte* sull'imputabilità delle scelte degli organi al soggetto nell'ambito della cui organizzazione essi agiscono, allontana quell'attività *injure* realizzata dalla ricostruzione della funzione neutrale.

L'opportunità di confrontarsi con l'ipotesi patologica proprio a proposito delle valutazioni tecniche appare evidente²¹. Infatti, nei settori dell'assistenza

²¹ Per un'analisi delle patologie che investono le valutazioni tecniche e la loro sindacabilità da parte del giudice, dopo la legge n. 15 del 2005, F. CINTIOLI, *Giudice*

ospedaliera, delle opere pubbliche, come in quelli della tutela ambientale e del paesaggio, infinite volte ci si imbatte in valutazioni tecniche²²: sicché la casistica della c.d. malasanta, le autorizzazioni ambientali alle trivellazioni per la ricerca del petrolio sottomarino negli ambienti fragili e bellissimi, che hanno già indotto l'amministrazione a proteggerli con il regime del parco (mezzo miglio più in là si può trivellare...), il permesso di uccidere dato con autorizzazioni ambientali ad imprese industriali rilevanti, come quelle della siderurgia, nella connivenza dei mancati controlli delle emissioni nell'atmosfera, episodi di questo genere sono, deve ormai dirsi purtroppo, frequenti.

Tuttavia, le migliaia di valutazioni tecniche che ogni giorno sospingono l'attività amministrativa attiva sulla strada più opportuna non possono esser confuse, in sede di ricostruzione sistematica, con la patologia cui abbiamo accennato, né possono ritenersi riconducibili ad un vizio strutturale del sistema.

La valutazione tecnica dell'ufficio pubblico competente è sempre neutrale: è la neutralità che garantisce la salute dei cittadini, l'agibilità dei porti, la bellezza del paesaggio più bello del mondo, la tenuta complessiva del territorio ... valori non superabili nelle impostazioni critiche di parte, espresse in sede

amministrativo, tecnica e mercato. Potere tecnico e "giurisdizionalizzazione", Milano, 2005; C. VIDETTA, *Le valutazioni tecniche ambientali tra riserva procedimentale e self-restraint del giudice amministrativo*, in *Foro amm.-Tar*, 2005, p. 1359 ss.; C. FALITI, *Recenti orientamenti giurisprudenziali sulla discrezionalità tecnica con particolare riferimento al sindacato giurisdizionale in materia di valutazione dell'anomalia dell'offerta nelle gare d'appalto*, in *Giur. merito*, 2007, p. 1141 ss.; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; R. CHIEPPA, *Discrezionalità della pubblica Amministrazione e sindacato del Giudice*, in R. Chieppa - V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 791 ss.; P. CIRIACO, *Discrezionalità tecnica e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giur. merito*, 2010, p. 823 ss.; A. PRONTERA, *L'agire discrezionale dell'Amministrazione. Tra "vuoti" e "pieni" normativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 278 ss.; G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 133 ss.; P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 385 ss.; G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 513 ss.; L. GIANI, *La fase istruttoria*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, Parte 5; F. VOLPE, *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2013, p. 694 ss.; G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 705 ss.; A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino 2015, p. 220 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in www.gustamm.it, n. 7/2016.

²² Sul tema si veda il contributo di N. AICARDI, *Le valutazioni tecniche*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 715.

esegetica alla ricerca di un mezzo illecito per orientare l'organo tecnico -che deve viceversa esprimersi in piena neutralità nell'interesse di tutti- verso una valutazione volta, almeno in alcuni aspetti, a tutela di meri interessi di parte.

4. Il Comitato economico e sociale e il Comitato delle regioni

Funzione consultiva esercitano strutturalmente anzitutto due rilevanti collegi dell'Unione, in favore del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione: il Comitato economico e sociale, organo fondato sin dall'origine della Comunità europea ed il Comitato delle regioni, di più recente istituzione. Si tratta di due istanze rappresentative di interessi disciplinate dalla parte sesta, capo terzo, sezione prima, del TFUE. Il primo esprime rappresentanti delle organizzazioni di datori di lavoro, di lavoratori dipendenti e di altri settori rappresentativi della società civile, in particolare nei settori socio-economico, civico, professionale e culturale. Il secondo rappresentanti delle collettività regionali e comunali, eletti o politicamente responsabili dinanzi ad un'assemblea eletta. Oltre a rispondere alle richieste di pareri provenienti dalle tre istituzioni fondamentali dell'Unione questi collegi consultivi possono "qualora lo ritenga(no) utile, ... formulare un parere di propria iniziativa"²³.

²³ Sulla funzione consultiva del Comitato delle regioni nell'ambito del "Protocollo sulle modalità di cooperazione tra la Commissione europea e il Comitato delle regioni" del 16.02.2012 e del documento "Controllo della sussidiarietà: una strategia riveduta per il Comitato delle regioni" (R/CdR 606/2012), cfr. F. PATERNITI, *La partecipazione delle regioni alla formazione delle norme e alle procedure dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea nel guado tra la riforma legislativa del 2012 e la auspicabile revisione dell'architettura istituzionale italiana*, in *www.federalismi.it*, n. 8/2015 il quale osserva che "l'ordinamento eurolunitario offre alle regioni dei percorsi funzionali al loro coinvolgimento nella fase ascendente. I canali partecipativi previsti dall'ordinamento UE, ... attribuiscono un ruolo di particolare rilievo per il Comitato delle regioni, stabilendo che "in base al suo programma di lavoro annuale la Commissione trasmetta al Comitato delle regioni l'elenco delle proposte per le quali è prevista la consultazione obbligatoria di tale organismo, nonché di quelle che possono formare oggetto di una consultazione facoltativa, ovvero essere interessate da pareri di prospettiva".

Sicché, sulla base di specifici percorsi di monitoraggio finalizzati ad acquisire valutazioni di impatto in materia di sussidiarietà, si prevede che i pareri adottati dal Comitato delle regioni in relazione ai progetti legislativi della Commissione debbano indicare quali emendamenti appare opportuno apportare al testo normativo, specificando, eventualmente, modifiche necessarie per una corretta attuazione del principio di sussidiarietà. Si tratta, insomma di una consultazione che affida una significativa incisività al Comitato delle regioni rispetto alla definizione finale della proposta della Commissione. D'altronde, a norma dell' art. 8, co. 2, del Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità il Comitato può ricorrere alla Corte di giustizia per violazione del principio di sussidiarietà avverso gli atti legislativi «per

Con questo ultimo potere può dirsi lontana dall'area della funzione neutrale la competenza di organi consultivi che, esercitando l'iniziativa consultiva, espletano un compito di indirizzo e cercano di muovere le istituzioni dell'Unione nella direzione che, con un'autonoma scelta di opportunità l'uno e l'altro Comitato ritengono utile o comunque conveniente per le categorie sociali e socio-politiche che essi rispettivamente rappresentano.

La funzione è amministrativa, è consultiva ma non è neutrale perché la consulenza è mossa da uno scopo diverso da quello dell'ausilio verso l'organo attivo.

In entrambi i Comitati, che emergono peraltro dalla c.d. comitatologia, una selva di comitati che l'esperienza comunitaria ha coltivato allo scopo di strutturare l'esercizio dei suoi poteri dietro lo schermo di un parere condiviso per la soluzione delle problematiche insorgenti nel tempo in forme e con contenuti diversi, prevale nettamente, in forza anzitutto della loro stessa composizione la funzione di rappresentazione di interessi. È per questo motivo che un organo deputato a garantire nel procedimento di formazione di *nomos* comunitario la considerazione degli interessi specifici che esso rappresenta non potrebbe in alcun modo esercitare una funzione neutrale, se non contrastando con le ragioni stesse del suo essere: facendo esprimere il parere che viene richiesto dalle istituzioni dell'Unione volta a volta o, più di frequente, in base ad una previsione normativa che regola la procedura dell'Unione per le direttive come per i regolamenti, prevedendo in via generale la subordinazione del procedimento all'acquisizione del parere del Comitato economico e sociale e, con frequenza e pregnanza inferiori, del Comitato delle regioni.

È nota la critica generale di comitatologia cui è andata incontro negli ultimi anni e di frequente l'organizzazione dell'Unione europea. Ma, come abbiamo notato, il Comitato in questione "originario" è stato costituito come organo con un ruolo consultivo assai rilevante in un periodo nel quale l'autenticità della Comunità economica europea non era insidiata dalla dominanza burocratica²⁴. Nel complesso il Comitato ha conservato la sua utile competenza quasi senza porre alcun problema di eccesso di interessamento, di spinta del Consiglio, del Parlamento o della Commissione verso una soluzione determinata.

È questo il motivo per il quale ne abbiamo fatto cenno, nel senso che è unicamente la provenienza dei suoi componenti dalle categorie economico-sociali con un compito di salvaguardia dei rispettivi interessi collettivi ad im-

l'adozione dei quali il trattato sul funzionamento dell'Unione europea richiede la sua consultazione».

²⁴ Cfr. in materia l'interessante saggio di G. GUARINO, *Cittadini europei e crisi dell'euro*, Napoli, 2014, che sostiene che è intervenuta la violazione dei Trattati con un "oscuro colpo di stato" costituito dal "lancio dell'euro" causa "della recessione dell'economia europea, vittima peraltro di norme di origine oscura e burocratica contenute nel regolamento n. 1466/1997.

pedire il riconoscimento del valore della neutralità nella loro azione, anche se molto spesso il Comitato si esprime in direzione della convenienza di una *public choice* per tutta la Comunità anziché per la categoria economica rappresentata.

5. La neutralità degli uffici elettorali e dell'ufficio centrale per il referendum presso la Corte di cassazione e l'effettività della tutela giurisdizionale

Una questione assai significativa, relativa al tema oggetto di questo studio, emerge dall'analisi delle conseguenze giuridiche che la giurisprudenza trae dalla presenza nelle vicende contenziose in materia elettorale di volta in volta assoggettate al suo vaglio di soggetti dotati dell'attributo della neutralità, giustificando quest'ultimo l'applicazione di una disciplina del tutto peculiare²⁵.

In particolare, sulla scorta dell'ormai codificata regola in base alla quale nel giudizio relativo alle operazioni elettorali di comuni, città metropolitane, (province) e regioni, il ricorso deve essere notificato "all'ente della cui elezione si tratta" (art. 130, 3° comma, c.p.a.), la giurisprudenza ne elabora una diversa, per la quale la neutralità dell'organo temporaneo, costituitosi in occasione delle elezioni amministrative o politiche, consente di derogare alla regola tralattizia che impone che il giudizio impugnatorio sia instaurato nei confronti dell'amministrazione autrice del provvedimento impugnato (art. 41 c.p.a.)²⁶.

La deroga alla regola generale poggia sulla definizione stessa di funzione amministrativa neutrale che impone l'assenza di un qualsivoglia interesse (salvo il *jus ad officium*) giuridicamente rilevante, incluso quello al mantenimento in vita degli atti; sicché ciò di cui risulta portatore l'organo che svolge una funzione pubblica neutrale è il compito di agire nel rispetto della legittimità dell'azione amministrativa, inidoneo, anche per questo solo motivo, a radicare la sua legittimazione passiva nel giudizio di impugnazione²⁷.

La stessa questione è emersa in passato -e torna ultimamente nella giurisprudenza del Consiglio di Stato e, ancor più di recente, in quella delle ss.uu. della Cassazione civile- relativamente all'ufficio centrale del referendum presso la Corte di cassazione, sottratto all'applicazione della legge

²⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 1997, n. 333 con nota di G. DELLA CANANEA, *Funzioni pubbliche neutrali e procedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 12/1997, p. 1124 ss.

²⁶ Cfr. Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 15 ottobre 2012, n. 2005, commentata da M. RAMAJOLI, *Neutralità degli uffici elettorali e conseguenze processuali*, in *Giorn. dir. amm.* 2013, n. 3, p. 274 ss.

²⁷ In termini TAR Lazio, Roma, sez. II bis, 11 marzo 2015, n. 4059; Id., sez. II, 14 gennaio 2009, n. 142, in www.giustizia-amministrativa.it.

241 del 1990 perché non assimilabile, secondo la giurisprudenza, ad un organo amministrativo, bensì costituente “un’unità organizzativa della Corte di cassazione”, deputata a svolgere una funzione pubblica “rigorosamente neutrale”, e a produrre atti insindacabili perché essa parteciperebbe *della natura legislativa del referendum*²⁸, con conseguente inammissibilità del ricorso per difetto assoluto di giurisdizione. In particolare, a partire dalla decisione della IV sez. del Consiglio di Stato, n. 333 del 1997²⁹, il giudice amministrativo ha ritenuto che la funzione esercitata dagli uffici per il referendum non fosse funzionale alla cura di alcun interesse pubblico concreto e specifico, bensì preordinata all’abrogazione di norme primarie, sicché le relative determinazioni non possono essere considerate esplicitazione di un potere amministrativo, bensì di una funzione pubblica neutrale espressa da un organo terzo e indipendente, di talché questi atti partecipano della funzione legislativa (“funzione di legislazione negativa”) e ne condividono la natura. Con la conseguenza che l’ufficio competente svolge una funzione di controllo intermedia tra amministrazione e giurisdizione produttiva di atti

²⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2552 ove si tratta del referendum ex art. 132 Cost., per la modifica territoriale delle regioni, specificando che il relativo procedimento ha carattere legislativo “in quanto non è funzionale alla cura di un interesse pubblico concreto e specifico, ma è volto a consentire l’accesso ad una fase, successiva, di produzione normativa primaria, demandata al ministro per l’interno”. Sicché l’ufficio centrale per il referendum presso la Corte di cassazione “non identifica un organo amministrativo a composizione mista, ma un’unità organizzativa della Corte di cassazione, deputata allo svolgimento specifico dei compiti di controllo nel procedimento referendario.... Per tali ragioni, le ordinanze dell’Ufficio centrale sono provvedimenti emanati da un organo rigorosamente neutrale non nell’esplicitazione di potere amministrativo per concreti scopi particolari di pubblico interesse, ma nella prospettiva della tutela dell’ordinamento generale dello Stato e della realizzazione di esso”. La conseguenza immediata dell’impostazione proposta dai giudici di Palazzo Spada sta nella circostanza per la quale essi ritengono che l’impugnazione degli atti dell’ufficio centrale esuli dalla giurisdizione del g.a., “stante la loro natura solo soggettivamente amministrativa, ma sostanzialmente legislativa”, conseguenza, a sua volta, dell’esercizio di una funzione che non ha natura amministrativa, ma è riconducibile alla nozione di funzione pubblica neutrale, “ossia di carattere intermedio tra l’amministrazione e la giurisdizione, espletata in posizione di terzietà e indipendenza”.

Del tutto conforme nel senso che le determinazioni assunte dall’ufficio sono emanate da un organo neutrale, non nell’esplicitazione di un potere amministrativo, per concreti scopi particolari di pubblico interesse, bensì nella prospettiva della tutela dell’ordinamento generale dello Stato e della realizzazione di esso, quindi è inammissibile la loro impugnazione per difetto assoluto di giurisdizione, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26 novembre 2015, n. 5369.

²⁹ Si vedano anche gli arresti successivi: oltre alla sentenza della IV sez., n. 2552 del 2010 *cit.*, anche della V sez., 16 giugno 2009, n.3834; TAR Lazio, Roma, sez. I, 9 luglio 2008, n. 6509.

che non possono definirsi amministrativi e sotto il profilo soggettivo, e sotto quello oggettivo³⁰.

³⁰ Circostanza ripresa di recente da Cons. Stato, sez. IV, 26 novembre 2015, n. 5369, in *Foro amm.* 2015, 11, 2771.

Si veda, inoltre, il commento di S. GENTILONI SILVERI, *Il Consiglio di Stato e gli atti esenti da giurisdizione: il caso delle decisioni dell'ufficio centrale per il Referendum*, in *www.giustamm.it*, n. 1/2016. La decisione è stata ampiamente criticata da G. COCOZZA, *Il difetto assoluto di giurisdizione con riferimento alle determinazioni dell'ufficio centrale per il referendum*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2016, il quale, compiuto un rapido *excursus* della giurisprudenza amministrativa pregressa, rileva come i giudici trattino allo stesso modo di questioni relative a diverse fattispecie di referendum (quello abrogativo disciplinato dalla norma di cui all'art. 75 e quello di cui all'art. 132 Cost.), relative ad interessi dedotti in giudizio assai differenti ed insistendo su come in queste pronunce “non risulti valorizzato quanto emerge dalla giurisprudenza della Corte costituzionale sul ruolo del Comitato promotore e sugli interessi dallo stesso rappresentati, ai fini della tutela”. Peraltro, ritiene l'a. “alla differenza tipologica dei referendum, che si riflette su una diversità di intervento dell'ufficio centrale, si collega una differenza di inquadramento funzionale”: mentre il referendum abrogativo “tende a contrastare il modo di esercizio della funzione legislativa, incidendo sulla vigenza del suo prodotto”, il referendum territoriale accede al processo di formazione della legge (*a fortiori* le stesse critiche potrebbero essere proposte per il referendum costituzionale di cui all'art. 138 Cost. per il quale le ss. uu. civili della Corte di cassazione hanno adottato una decisione in termini -v. *infra*, nota 31-).

In particolare, l'a. critica la prospettazione per la quale il giudice ritiene che non debba essere concessa alcuna forma di tutela (da qui il difetto assoluto di giurisdizione, non esistendo un “giudice nazionale” al quale rivolgersi “in quanto titolare di poteri giurisdizionali in materia, con connessa impossibilità di procedere all'indicazione dello stesso, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 11 cpa) contro gli atti emanati dall'ufficio centrale, poiché essi partecipano della funzione legislativa, ma, al tempo stesso, sarebbero espressione dell'esercizio di una funzione neutrale; e chiedendosi se sia possibile estendere le conclusioni del giudice amministrativo ad un'attività estremamente strutturata “e con profili di controllo che entrano in contatto immediato con precisi interessi ad ottenere una certa manifestazione della sovranità popolare”.

Ed è proprio questo il nodo della prospettazione suggerita: premesso che “l'area della giustiziabilità conosce una progressiva espansione sino a far dubitare nell'attualità che vi siano ancora atti sottratti, se pur tradizionalmente esclusi, al controllo del giudice (si pensi soltanto all'atto politico)”, si sottolinea come “l'affermazione ricorrente in giurisprudenza secondo cui il difetto assoluto di giurisdizione è ravvisabile “solo quando” manchi nell'ordinamento una norma di diritto astrattamente idonea a tutelare l'interesse dedotto in giudizio è significativa come modo per fissare confini al vizio anche se non può sottacersi qualche differente impostazione allorquando si è ritenuto che “le questioni inerenti all'esistenza nell'ordinamento di norme che astrattamente contemplino e tutelino le posizioni di diritto soggettivo fatte valere in giudizio attengono al fondamento nel merito della domanda e non alla giurisdizione” precisandosi che ciò vale anche quando “sia evidente la carenza di una posizione soggettiva tutelabile dinanzi alla pubblica amministrazione”. Infine l'a. rimarca come

A conclusioni simili sono giunte le sezioni unite civili della Corte di cassazione nella sentenza n. 24102 del 28 novembre 2016, con la quale si dichiara l'inammissibilità del ricorso proposto dal Codacons e dal suo legale rappresentante, in proprio, in qualità di elettore, contro due ordinanze dell'ufficio centrale per il referendum con le quali sono state ammesse le richieste di referendum sul testo di legge costituzionale. Torna, quindi ad esprimersi la giurisprudenza, questa volta della Cassazione, sul terzo tipo di referendum ammesso dalla nostra Carta fondamentale, quello consultivo costituzionale, per confermare l'inammissibilità dell'impugnazione di ordinanze emesse dall'ufficio centrale per il referendum, esprimendosi sulla natura giuridica di quei provvedimenti. Certamente non giurisdizionali³¹, partecipi della funzione legislativa³², ma non emanazione di questa, emessi da un organo formalmente e soggettivamente giurisdizionale poiché incardinato presso la Corte di cassazione e composto da magistrati di quest'ultima; esso, inoltre, "svolge la propria attività in condizioni di indifferenza e di estraneità, in una parola di neutralità, rispetto agli interessi che è chiamato a regolare" al fine di garantire la conformità delle richieste referendarie alle norme dettate dall'art. 138 Cost.; e tanto l'ufficio fa, proseguono i giudici del Palazzaccio, "con modalità

le due fattispecie di referendum siano connotate da interessi ben precisi ed opposti tra loro: nel caso del referendum *ex* art. 132 Cost., l'interesse "è riferito all'aspetto della regolarità dei deliberati e non si estende alle ulteriori valutazioni che sono invece richieste per il referendum abrogativo".

Dunque emergerebbe, nella vicenda decisa dalla IV sez. del Consiglio di Stato con la sentenza commentata, un evidente interesse affinché l'attività di controllo dell'ufficio centrale sia conforme alla legge; e "sottrarre tali atti alla verifica giurisdizionale è conclusione che vanifica tale interesse e, come tale, incidendo comunque nell'area della necessaria giustiziabilità, necessità di una molto robusta base fondativa mentre la struttura argomentativa complessivamente utilizzata dal Consiglio di Stato nei confronti delle impugnative degli atti dell'ufficio centrale per il referendum ha mostrato non poche problematiche".

³¹ Poiché non si tratta di funzioni destinate ad accertare una "violazione di doveri o obblighi per applicare e rendere effettiva la conseguente sanzione", né di funzioni destinate a "comporre un contrasto di posizioni giuridicamente rilevanti tra parti contrapposte", neppure a dare "certezza definitiva ad una situazione giuridica autonoma che la richieda" e neanche "a quella di gestire specifici e distinti interessi" (p. 6).

³² "Le operazioni assegnate all'ufficio non assumono rilevanza autonoma, a tutela di specifici e particolari interessi: esse partecipano del procedimento referendario e si compenetrano con esso, in funzione, quindi, della modificazione dell'ordinamento generale" (p. 7). E, aggiunge la Cassazione, "a garanzia dell'ordinamento generale sono volte anche le decisioni dell'ufficio centrale, in chiave di concorso nello svolgimento della suddetta funzione: in particolare, l'ordinanza che ammette il decreto è immediatamente funzionale al decreto del Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei ministri, che lo indice (art. 15 l. n. 352/70); e quella che dichiara l'illegittimità della richiesta referendaria è pur sempre funzionale alla promulgazione della legge costituzionale con la formula prescritta dall'art. 14 della medesima legge".

giurisdizionali, perché pronuncia in esito ad un procedimento che prevede l'interlocuzione, sia pur limitata, con i presentatori ed emette decisioni denominate dal legislatore ordinanze, motivate e notificate agli interessati"³³. Ed invero all'ufficio centrale sono affidate funzioni assai eterogenee "che vanno dall'esecuzione di attività meramente materiali... all'adozione di decisioni sulle proteste e sui reclami sulle operazioni di voto e di scrutinio; una funzione, insomma, disomogenea rispetto a quella generale della Corte".

Ora, sebbene la neutralità degli uffici elettorali e per il referendum, del tutto evidente, sia stata considerata dalla giurisprudenza come presupposto per escludere l'impugnabilità degli atti emanati da quegli organi, non sembra potersi trascurare, com'è stato sottolineato da un'assai interessante posizione dottrinale, che l'attività di quegli uffici "non si esaurisce nel compimento di mere operazioni amministrative materiali, dalle quali esula un momento suscettibile di configurarsi come propriamente decisorio, ma consiste anche nell'emanazione di veri e propri provvedimenti amministrativi", destinati a regolare la predisposizione della competizione elettorale ed espressivi del corrispondente potere amministrativo³⁴. Si tratta, infatti, di provvedimenti emanati nel procedimento preparatorio delle elezioni -si pensi all'ammissione o non ammissione alla competizione elettorale di liste³⁵, simboli e candidati-suscettibili di essere immediatamente ed autonomamente lesivi, contro i quali sembra assai problematico accettare che non possa essere garantita in favore delle liste una piena tutela giurisdizionale *ex artt.* 24 e 113 Cost.

L'autonoma impugnabilità degli atti relativi alle operazioni elettorali³⁶ (*rectius* al procedimento elettorale -anche nella fase preparatoria- per le elezioni comunali, provinciali e regionali e per il rinnovo dei membri del Par-

³³ Cfr. Corte cassazione, ss.uu. civili, n. 24102 del 28 novembre 2016, pp. 4 e 5. Peraltro ritiene la Cassazione che, sebbene la Corte costituzionale abbia riconosciuto l'Ufficio come giudice, ciò è avvenuto "ai limitati fini dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23, l. n. 87/53", insomma "ai soli fini della proposizione della questione di legittimità" costituzionale, peraltro applicando un "criterio di relatività dei concetti di giudice e di giurisdizione...., senza pretendere di pervenire ad una qualificazione senz'altro utile ad ogni scopo" (p. 5), come d'altronde è avvenuto per la Corte dei conti, come si è chiarito *supra* in questo capitolo, par. 1.

³⁴ M. RAMAJOLI, *Neutralità degli uffici elettorali*, *cit.*, spec. p. 276.

³⁵ Cfr., per tutti, TAR Lazio- Roma, sez. II bis, sentenza 13 maggio 2016 n. 5727.

³⁶ Quanto alla "tutela dei diritti o di altre posizioni soggettive cui la legge riconosce giuridica rilevanza", sottolinea la Corte di cassazione nella sentenza del 2016 sull'inammissibilità del ricorso contro le ordinanze dell'Ufficio centrale per il referendum, la decisione di inammissibilità "non appare irragionevolmente limitativa (delle dette) o di altre posizioni soggettive: non certo in capo ai ricorrenti, perché nel procedimento referendario assumono rilievo (e possibilità di tutela) soltanto i soggetti ai quali la disciplina referendaria conferisce specifiche funzioni, mentre le posizioni di soggetti diversi non trovano alcuna protezione né diretta né indiretta; e neppure in capo ai soggetti cui la disciplina referendaria assegna invece un qualche ruolo, la

lamento europeo spettanti all'Italia) è ormai sancita dall'art. 129 c.p.a. (come integrato dal secondo correttivo contenuto nel d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160)³⁷; ma questa norma non nasce dall'esigenza di codificare una regola non scritta, e tuttavia applicata dall'amministrazione e dalla giurisprudenza, come spesso accade nell'ordinamento giuridico di diritto amministrativo. Al contrario, la norma che garantisce oggi l'effettività della tutela giurisdizionale nei procedimenti elettorali, anche avverso gli atti preparatori rispetto alle operazioni di voto, rappresenta una vera e propria conquista dell'ordinamento vivente, frutto di un processo che ha visto alternarsi orientamenti opposti, ma tutti accomunati dalla premessa maggiore per la quale la commissione e l'ufficio elettorale sono organi neutrali.

Proprio questa garanzia era stata espressamente riconosciuta in materia di operazioni elettorali, dalla giurisprudenza amministrativa degli anni Novanta³⁸, più attenta alle ragioni dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Senonché, questo orientamento giurisprudenziale ha subito, da un decennio a questa parte, un capovolgimento a causa di una diversa interpretazione della normativa in vigore: in particolare, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha escluso l'autonoma impugnabilità degli atti emanati durante la fase preparatoria delle elezioni amministrative e regionali -ritenendoli contestabili soltanto con la conclusione della procedura elettorale, cioè insieme all'atto di proclamazione degli eletti-, sulla base di due presupposti: il primo deriva da una interpretazione nuova e diversa della *voluntas legislatoris* emergente dalla norma di cui all'art. 83 *undecies* del d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570, testo unico delle leggi per la composizione e l'elezione degli organi delle amministrazioni comunali, per la quale ogni atto successivo al decreto di convocazione dei comizi è impugnabile entro trenta giorni dall'atto di proclamazione degli eletti.

L'interpretazione della norma operata dall'Adunanza plenaria, per la quale l'impugnazione deve essere posticipata all'emanazione dell'atto finale delle operazioni elettorali, quello della proclamazione degli eletti, poggia su una tesi, che invero non sembra irresistibile, per la quale questa norma esprimerebbe l'esigenza "primaria di consentire lo svolgimento della consultazione alla data stabilita"³⁹.

cui tutela è garantita dalla possibilità di denunciare, ove ne sussistano gli estremi, il conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale".

³⁷ Attraverso la formulazione di questa norma il Governo ha attuato la delega contenuta nell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 - recante "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile"-

³⁸ Cfr. per tutte Ad plen. Cons. Stato, 24 luglio 1997, n. 15 che, ormai da tempo, ha ammesso l'immediata impugnabilità degli "atti autonomamente lesivi, qual è l'esclusione di una lista o il decreto con il quale vengono indette le elezioni".

³⁹ Cfr. Ad plen. Cons. Stato, 24 novembre 2005, n. 10, in *Foro amm.*, CdS 2005, p. 3244 con nota di C.E. GALLO, *L'ambito del giudizio elettorale nella decisione*

In particolare, ripercorrendo brevemente l'*excursus* giurisprudenziale relativo alla vicenda, la plenaria ricorda come l'affermazione dell'incompatibilità della previsione di una impugnativa autonoma degli atti preparatori poggi, nelle decisioni del g.a., sul presupposto per il quale il procedimento per le consultazioni elettorali, essendo strutturato in una serie di sub procedimenti nei quali intervengono "vari organi operanti secondo una rigida successione di atti ed una precisa ripartizione dei poteri" -sicché ciascun organo provvede "alla parte di sua competenza in via definitiva"-, offre, attraverso la previsione di "una sequenza così articolata" di procedure, "un predeterminato sistema di garanzie, con la rigida successione di atti di più organi operanti a scadenze prefissate". Questo presupposto -che non sembra molto convincente, anche per l'incerto sillogismo che lo sostiene- condurrebbe alla conseguenza per la quale tali atti, anche se direttamente lesivi, restano impugnabili, ma non autonomamente "in quanto gli atti stessi, se viziati e invalidanti in via derivata la proclamazione degli eletti, dovrebbero essere gravati unitamente a quest'ultimo atto, che costituisce il momento centrale della complessa procedura elettorale"⁴⁰. Ciò perché consentire l'immediata impugnabilità degli atti preparatori, pur autonomamente lesivi, provocherebbe segmentazioni e interruzioni "che il sistema elettorale non può tollerare, ... se non a pena di frustrare il raggiungimento dello scopo voluto dal legislatore, ... di consentire lo svolgimento della consultazione alla data stabilita con il decreto di convocazione dei comizi"⁴¹.

Il secondo presupposto collocato alla base dell'esclusione dell'autonoma impugnabilità del provvedimento lesivo è invece quello della neutralità che caratterizza la commissione e l'ufficio elettorale, organi temporanei, *imparziali ed obiettivi* "nell'ambito dei quali sono chiamati ad operare magistrati e funzionari di alto livello"; proprio il carattere *neutrale* degli organi elettorali,

dell'Adunanza plenaria n. 10 del 2005.

⁴⁰ Sicché, la plenaria conclude nel senso che "la non impugnabilità immediata di atti aventi effetti sicuramente lesivi (quali quelli di esclusione dal procedimento elettorale), con conseguente improponibilità anche di eventuali misure cautelari, non appare contrastante con il principio, affermato dalla Corte costituzionale (v. sentenza 27 dicembre 1974, n. 284), secondo cui il potere di sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo è un elemento connaturale del sistema di tutela giurisdizionale. Questo perché nella fattispecie in discorso non si prospetta una esclusione o una limitazione dell'area di esercizio del potere medesimo, ma si stabilisce soltanto un criterio di accorpamento di tutte le impugnative riferibili allo stesso procedimento elettorale, ragionevolmente giustificato - a quanto si è visto - dall'intendimento del legislatore di consentire lo svolgimento della consultazione nel termine stabilito, spesso corrispondente a quello riguardante altri analoghi procedimenti, per evidenti ragioni di concentrazione dell'impegno politico ed amministrativo richiesto per le tornate elettorali". Cfr. in termini, Corte di cassazione, sez. unite civili, ordinanza 20 ottobre 2016, n. 21262.

⁴¹ In termini Cons. Stato, sez. V, 7 marzo 1986, n. 156; Id., 27 agosto 1971, n. 745.

rafforzerebbe la volontà del legislatore di escludere la possibilità che il potere giudiziario possa essere chiamato a giudicare prima dell'atto finale delle elezioni.

Eppure, l'asserito carattere neutrale della commissione e dell'ufficio elettorale poggia sulla loro, rispettiva, imparzialità e sull'obiettività del loro compito, sprigionate, secondo l'impostazione dell'Adunanza plenaria, dalla composizione di un collegio che annovera in sé magistrati e funzionari di alto livello costituito presso il giudice ordinario, circostanza che rappresenterebbe “sufficiente presidio della legittimità dell'azione amministrativa e garanzia per il singolo di regolarità e correttezza del procedimento elettorale”⁴².

Ma la neutralità degli uffici elettorali, in realtà, non sembra potersi affermare in misura esaustiva alla luce della definizione che si sta costruendo in questo studio sulla funzione amministrativa neutrale richiamando l'assenza di qualsivoglia interesse pubblico o privato in capo all'organo interessato.

Allorché, infatti, si ponga mente all'interpretazione offerta dall'Adunanza plenaria, emerge in tutta evidenza che il richiamo alla precisa finalità della garanzia del rispetto del termine previsto per lo svolgimento delle operazioni elettorali, cui l'ufficio elettorale è preposto dalla legge, impedisce di considerare quest'ultimo come interamente neutrale, essendo attributivo per volontà della legge della precisa *mission* di garantire lo svolgimento delle operazioni di voto alla data prefissata, anche a scapito dell'effettività della tutela giurisdizionale⁴³.

⁴² Eppure, avverte M. RAMAJOLI, *Neutralità degli uffici elettorali, cit.*, richiamando una giurisprudenza che ha respinto la tesi del carattere giurisdizionale dell'ufficio elettorale nazionale del Parlamento europeo presso la Corte di cassazione, la qualità di magistrato non coincide necessariamente con quella di giudice essendo il primo “inserito nell'*ordo* magistratuale ed ivi può essere addetto a tutte le funzioni tipiche della magistratura (non sempre e non soltanto giurisdizionali)”. È propriamente il giudice, infatti, colui al quale viene attribuita la *iuris dictio*, “cioè il potere ordinamentale di affermare la compatibilità o meno con i valori e le regole dell'ordinamento di una determinata situazione giuridica portata alla sua cognizione”. Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 8 marzo 2002, n. 1867. Sulla natura non giurisdizionale di molte attività svolte da magistrati cfr. S. CASSESE, *Il posto dei poteri indipendenti nell'ordinamento*, Atti del Convegno Internazionale (Roma, 20/21 novembre 1995), consultabile su www.agcm.it/component/joomdoc/temi-e-problemi/tpES01S4.PDF/download.html.

Tra l'altro, ricorda Ramajoli -richiamando l'impostazione di Corte cost. 30 dicembre 1972, n. 216 e 5 novembre 1996, n. 387 sull'inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale sollevata da un ufficio elettorale, perché privo della legittimazione ad adire la Corte-, la circostanza per la quale gli uffici elettorali sono costituiti presso il tribunale non li identifica con quest'ultimo, né dà vita a sezioni o articolazioni del medesimo; dunque gli uffici elettorali “non sono ... istituzionalmente incardinati nel potere giurisdizionale dello Stato”.

⁴³ Proprio le esigenze di celerità del procedimento elettorale, suscitano alcune perplessità in ordine, ad esempio, all'utilizzabilità in quella sede dell'istituto del soc-

Né l'impostazione suggerita dal massimo Consesso della giustizia amministrativa può dirsi smentita dalle disposizioni di legge che, nel garantire l'effettività della tutela anche contro gli atti preparatori delle operazioni elettorali -colmando una lacuna inaccettabile alla luce della Carta costituzionale⁴⁴ -mantengono ben ferma la suddetta *mission*, subordinando l'espleta-

corso istruttorio: la scelta del legislatore, con riferimento al procedimento elettorale e alla sua eventuale fase contenziosa, sembra in tutta evidenza essersi attestata su una disciplina volta ad una tutela celere ed efficace, con termini ridotti, nel rispetto dei principi di certezza e di celerità della relativa definizione. Sicché, una interpretazione rigorosa della *voluntas legislatoris* potrebbe indurre a ritenere che le prescrizioni di legge che impongono l'assolvimento di obblighi documentali vadano osservate senza possibilità di deroga o di interpretazione estensiva, con la conseguente impossibilità di ricorrere al soccorso istruttorio *ex officio*, a fronte di un mero principio di prova offerto dagli interessati, in ordine al possesso dei requisiti richiesti: in questa prospettiva, la parte interessata alla presentazione delle liste elettorali è tenuta a fornire la prova -nelle forme di rito- della propria posizione legittimante, sia perché non viene ammessa dimostrazione alternativa (e non pienamente certa), sia perché si esclude qualsivoglia onere acquisitivo da parte dell'amministrazione pubblica, che si rivelerebbe in palese contrasto con i principi di certezza e di celerità sottesi al procedimento elettorale, oltre ad introdurre una inammissibile deroga al principio della *par condicio* nei riguardi dei candidati di altre liste. Cfr., in questo senso, TAR Lazio, Roma, II, 2 maggio 2014, n. 4603.

Nella fase precedente l'elezione, dunque, non è ammessa alcuna regolarizzazione, integrazione o correzione dell'istanza o della documentazione, mal conciliandosi la tempistica dei procedimenti elettorali con rinvii e rimessioni in termini. Cfr. TAR Molise, I, 4 maggio 2015, n. 174.

Una differente impostazione minoritaria, ritiene che in materia elettorale il soccorso istruttorio prestato dall'ufficio elettorale sia ammissibile in tutti i casi in cui l'irregolarità sia dovuta a caso fortuito, forza maggiore, fatto dell'amministrazione, errore scusabile e comunque se la regolarizzazione non comporta indagini istruttorie e approfondimenti incompatibili con i tempi del procedimento elettorale e con il rispetto del termine massimo di presentazione delle candidature, pena la violazione della *par condicio* e dell'interesse pubblico alla necessaria concentrazione e celerità delle varie fasi di cui si compone il procedimento elettorale. Cfr. Cons. Stato, V, 15 giugno 2015, n. 2910.

Semberebbe trattarsi di una lettura fondata sulla premessa maggiore delle elaborazioni sull'istituto del soccorso istruttorio in materia di appalti, calando la fattispecie in materia elettorale e bilanciando l'istituto con il principio della celerità che informa tutto il procedimento elettorale, con un corredo argomentativo, che, *prima facie*, non si espone a critiche.

⁴⁴ Il riferimento è al codice del processo amministrativo contenuto nel d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 che, nella norma di cui all'art. 129 -modificata dal d.lgs. 160/2012 e dalla l. 132/2015-, accorda la tutela anticipata avverso gli atti di esclusione dai procedimenti elettorali preparatori per le elezioni comunali, provinciali e regionali, come riconosciuto dalla Corte costituzionale che, con sentenza n. 236 del 7 luglio 2010, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 83 *undecies* del d.P.R. 579/1960,

mento del relativo giudizio alla fissazione di serratissimi termini⁴⁵ che consentono la chiusura del processo prima dello svolgimento delle operazioni di voto⁴⁶: si garantisce l'effettività della tutela giurisdizionale-configurando la legittimazione passiva dell'ufficio elettorale che ha emanato l'atto⁴⁷, indipendentemente dalla circostanza che si tratti di un organo temporaneo costituito presso l'autorità giudiziaria e composto prevalentemente da magistrati-, senza disconoscere o negare la finalità della funzione affidata agli uffici elettorali chiaramente preordinata non già a "dichiarare o attuare nel caso concreto la volontà della legge, ma ... piuttosto a dare soddisfazione al pubblico interesse alla pronta costituzione, sia pure in una formulazione provvisoria, ... delle assemblee elettive"⁴⁸.

nella parte in cui esclude l'autonoma impugnabilità degli atti lesivi emanati dagli uffici elettorali nel procedimento preparatorio alle elezioni, anteriormente alla proclamazione degli eletti, per contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost., nonché con gli artt. 6 e 13 Cedu.

⁴⁵ I provvedimenti immediatamente lesivi devono essere impugnati di fronte al TAR competente entro tre giorni dalla loro pubblicazione, anche mediante *affissione*, ovvero dalla comunicazione degli stessi; l'udienza di discussione "si celebra, senza possibilità di rinvio anche in presenza di ricorso incidentale, nei tre giorni successivi al deposito del ricorso, senza avvisi" (art. 129, 5° comma); la sentenza, succintamente motivata, anche attraverso il mero richiamo agli scritti delle parti, è pubblicata il giorno stesso dell'udienza e può essere appellata nel termine di due giorni dalla pubblicazione. L'appello è deciso nei successivi tre giorni con sentenza pubblicata il giorno stesso dell'udienza (art. 29, commi 7, 8 e 9).

⁴⁶ Rileva S. RODIGUEZ, *Il contenzioso sulle operazioni elettorali*, in R. Caranta (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna 2011, p. 743 ss., che attraverso questa procedura speciale scandita da una tempistica serrata, si scongiura il rischio di ammettere in via cautelare, liste che all'esito finale del giudizio possano risultare prive dei requisiti di ammissione alla competizione elettorale.

⁴⁷ L'impugnabilità dei loro atti dovrebbe coincidere con l'onere processuale di notificazione alle Commissioni in persona dei loro presidenti.

Né può, forse, concludersi l'imputabilità e la suddetta notificazione del ricorso osta alla qualificazione di "neutrale" della funzione della commissione elettorale, diversi essendo i piani dell'apprezzamento qualificatorio e non in conflitto tra loro: se l'organo che, per la funzione affidatagli, non può che essere neutrale, cioè privo di una *mission* diversa da quella dell'accertamento di dati cartacei o telematici rispondenti a verità, ciò che accade nello spoglio delle schede elettorali e nel loro scrutinio, e non accade nella fase dell'ammissione delle liste, dove il controllo di merito delle Commissioni implica talora la spendita di un'inevitabile discrezionalità amministrativa (contrassegni analoghi in grado di sviare l'elettorato nell'occasione del voto), è questa la specifica attribuzione di potere che va analizzata allo scopo di qualificare la funzione esercitata dall'organo destinatario.

Ma che i suoi atti siano impugnabili e si debba coinvolgere la loro soggettività nel giudizio amministrativo sembra circostanza non influente sulla natura giuridica della funzione esercitata -nella parte prevalente- dalle commissioni elettorali.

⁴⁸ Così ancora Corte cost., già da sent. 30 dicembre 1972, n. 216.

Al di là, tuttavia delle contraddizioni della giurisprudenza amministrativa⁴⁹, il codice del processo amministrativo è intervenuto a statuire l'autonoma impugnabilità degli atti dell'ufficio elettorale direttamente lesivi, ponendo fine al dibattito che utilizzava la qualificazione neutrale della funzione svolta dagli stessi per escludere la tutela giurisdizionale: appare, infatti, evidente la difficile sostenibilità dell'assunto per il quale la neutralità dell'ufficio elettorale impedisca l'impugnabilità dei suoi atti⁵⁰. D'altronde, il fatto che in circostanze particolari possano essere chiamati nei giudizi amministrativi elettorali organi neutrali, in quanto autori di atti del relativo procedimento (attribuzione dei voti previa valutazione delle schede, redazione dei verbali di seggio, ecc.), non sembra incidere necessariamente sulla loro natura giuridica neutrale, in quanto la neutralità, sia pur per eccezione, può restare tale anche se produca conseguenze deducibili in un giudizio.

Si tratta, al più, di far valere errori commessi nell'esercizio di funzioni che si presentano in veste di neutralità, incidenti, tuttavia, sulle situazioni soggettive dell'elettorato passivo e attivo, in questo caso, più rilevanti per la parte istituzionale dell'ordinamento giuridico, connesse come esse sono con il principio di rappresentatività e democraticità di quest'ultimo.

Pertanto, opportunamente la dottrina manifesta le sue perplessità nei confronti della posizione giurisprudenziale che tuttora sembra volta ad escludere l'onere della notifica del ricorso elettorale alle commissioni elettorali nelle persone dei rispettivi presidenti in quanto organi neutrali che attuano l'ordinamento senza nutrire un interesse diverso da quello della legittima conduzione e conclusione di un procedimento concorrenziale: la loro neutralità, come sembra possibile ritenere, non esclude l'emanazione di atti amministrativi che talvolta fuoriescono dal procedimento per manifestarsi all'esterno come atti conclusivi di specifiche fasi del procedimento stesso, che potrebbero ledere, sia pure raramente e in dipendenza più che di scelte discrezionali, soprattutto di errori tecnici, le posizioni soggettive dei loro destinatari.

⁴⁹ Sulle quali v. ancora M. RAMAJOLI, *Neutralità*, cit.

⁵⁰ Sul punto si vedano, oltre alle acute riflessioni di M. RAMAJOLI, *Neutralità*, cit., spec. p. 278 - 282, le osservazioni di F.G. SCOCA, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.* 2009, p. 3613 ss., il quale ricorda come la circostanza della presenza di soli magistrati nella composizione degli uffici elettorali "non è sufficiente per affermare la natura giurisdizionale di questi ultimi; occorre in più che la funzione esercitata sia disciplinata ed organizzata come attività finalizzata alla soluzione di controversie". D'altronde, sottolinea l'a., "la ragione di maggior spessore che si oppone alla tesi della natura giurisdizionale, è che l'ufficio circoscrizionale è proprio quello che adotta il provvedimento di esclusione o ricusazione. Dunque 'parte' della eventuale controversia che concerne la legittimità di tale atto, e non potrebbe, quindi, esserne contemporaneamente il giudice" (p. 3614). Cfr. anche A. DE CICCIO, *La disciplina sul contenzioso nelle operazioni elettorali alla luce delle norme del Codice del processo amministrativo*, 3 agosto 2016, in www.filodiritto.it.

In sintesi sulla neutralità delle commissioni e degli Uffici elettorali può convenirsi: data l'estrema rilevanza della materia (controllo del diritto elettorale attivo e passivo delle operazioni elettorali) direttamente rimessa, come questa sembra atteggiarsi, alla rappresentatività democratica del potere politico e amministrativo, anche organi neutrali come l'Ufficio elettorale, le commissioni e la commissione centrale possono subire il controllo giurisdizionale del loro operato ad ogni conclusione di una fase del procedimento. L'interesse alla genuina rappresentatività delle liste e dei candidati ivi inclusi e poi votati prevale su qualsiasi diversa cautela e sul tentativo di fondare l'endiadi funzione neutrale - inimpugnabilità, almeno immediata, del suo esercizio; endiadi in realtà inesistente e del resto affermata per la ben diversa ragione che la notifica del ricorso alla commissione elettorale investirebbe figure giurisdizionali: come la dottrina ha osservato, il collegio non può esser definito giurisdizionale, perché i magistrati che lo compongono svolgono una funzione certamente amministrativa, altrimenti sarebbero comunque coinvolte le loro toghe in fatti processuali di impugnazione che dovrebbero essere evidentemente strutturati a somiglianza del processo civile, con la competenza a conoscere di un giudice ordinario sopraordinato, come nella figura processuale dell'appello.

Ciò che l'ordinamento non ha mai espresso.

6. Gli organi di garanzia (di governo autonomo) delle magistrature tra indipendenza e neutralità

Anche gli organi di garanzia delle magistrature nel nostro ordinamento, dal CSM al Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, della giustizia contabile, della giustizia tributaria e di quella militare, vanno qualificati per l'indipendenza, ma, sia pur per alcuni aspetti, tuttavia rilevanti, anche per la neutralità.

Rispetto alla più diffusa prassi definitoria di "organi di autogoverno" della singola giurisdizione, ordinaria, speciale amministrativa, contabile, tributaria e militare, la Corte costituzionale ha ricondotto le diverse autorità indipendenti nell'unica definizione di "organi di garanzia delle magistrature". Secondo un orientamento dottrinale a questa conclusione la Corte sarebbe pervenuta per "sottolineare l'aspetto teleologico della loro istituzione, che è appunto non già quello di ipotizzare una mera autoreferenzialità del corpo magistratuale, bensì quello di tutelare il principio costituzionale delle garanzie di autonomia ed indipendenza. La definizione di "organi di garanzia" sembra dunque convincente, così come condivisibile, perché maggiormente aderente alla *ratio* istitutiva, appare il *nomen* di "organi di governo autonomo" che ne è stata pure data»⁵¹.

⁵¹ Cfr. B. CARAVITA DI TORITTO (a cura di), *Gli organi di garanzia delle magistrature. Profili istituzionali del governo autonomo del potere giudiziario*, Napoli,

Sull'organizzazione della giustizia tributaria non mancano opinioni che, nella penetrante critica all'originaria composizione del suo Consiglio di presidenza (art. 17, d.lgs. 545/1992, che prevedeva, a differenza del CSM, del Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa e del Consiglio di presidenza della Corte dei conti, sei membri eletti da e tra i componenti di commissioni tributarie⁵²), in omaggio ad “una visione strettamente corporativa dell'organo di autogoverno, evocante la figura della rappresentanza di interessi dei soli giudici tributari”, anziché arricchire il Collegio con membri laici portatori di “un contributo di esperienze nell'interesse di tutti i soggetti coinvolti a diverso titolo nel processo tributario”⁵³, hanno concorso a promuovere la prima riforma (d.l. 28 dicembre 2001, n. 452: quindici componenti, dei quali quattro eletti dal Parlamento tra professori universitari in materie giuridiche o soggetti abilitati alla difesa dinanzi alle commissioni tributarie da non meno di dodici anni).

Infine, l'art. 17 è stato integrato con d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito nella l. 15 luglio 2011, n. 111, con l'aggiunta del co. 2-*bis*, lett. f, prevedendosi la presidenza del Consiglio tra i quattro membri laici⁵⁴.

Tra le garanzie che gli organi di autogoverno offrono -devono offrire- al rispettivo ordine magistratuale, con espletamento di rilevanti compiti di sorveglianza generale dell'andamento della giustizia, di disciplina -è in vista un provvedimento di riserva ad un organo unico disciplinare delle questioni di tale oggetto insorte nelle varie giurisdizioni-, di organizzazione degli uffici della giustizia e, nel nostro ordinamento, anche di trasferimento a domanda,

2013 ed in particolare B. CARAVITA DI TORITTO, *Introduzione*, p. VII-VIII; F. PAGANO, *Il sindacato giurisdizionale sulle deliberazioni del Consiglio Superiore della Magistratura di conferimento degli uffici direttivi alla luce delle recenti modifiche normative*, in www.federalismi.it, n. 2/2016.

⁵² Sullo “spinoso ed ancora aperto” problema della composizione dei Consigli di presidenza, v. F. FABBRIZZI, *La collocazione costituzionale degli organi di autogoverno*, in www.federalismi.it, n. 22/2012. In giurisprudenza si veda Cons. Stato, sez. V, ord. 13 giugno 2016, n. 2515 con la quale si rimette alla Corte costituzionale questione di legittimità dell'art. 1 comma 2 del d.lgs. 7 febbraio 2006 n. 62, nella parte in cui prevede elezioni suppletive piuttosto che lo scorrimento della graduatoria nel caso di cessazione di un componente del Consiglio di Presidenza prima della scadenza naturale dell'organo di autogoverno.

⁵³ Cfr. su ciò la pertinente impostazione di A.F. URICCHIO, *L'amministrazione nella giustizia tributaria. L'organizzazione delle commissioni tributarie*, Padova, 2000, p. 345; Id., *Emergenze ambientali e imposizione*, in *Massimario delle commissioni tributarie della Puglia*, 2010 e Id., *Equità sostitutiva e controversie catastali*, ivi.

⁵⁴ Cfr. sull'argomento, P. SELICATO, *Il Consiglio di presidenza della Giustizia tributaria: funzione di autogoverno e garanzie di indipendenza del giudice*, in B. CARAVITA DI TORITTO (a cura di), *Gli organi di garanzia*, cit., p. 191-214; A. CARIOLA, *L'unità della magistratura*, in www.federalismi.it, n. 11/2015. Si veda anche la ricostruzione di A. NICODEMI, *Breve storia della dirigenza statale sino alla c.d. riforma Madia*, in www.lexitalia.it, n. 2/2016.

vi è quella di ausiliare l'indipendenza e terzietà del giudice, che non per altro motivo si sottrae a qualsiasi eventuale intromissione governativa: l'indipendenza che, per il titolare della funzione giudicante, così come per il suo organo amministrativo di garanzia coincide con il minimo etico, evolve in neutralità se si riesca ad astrarsi da una casistica non sempre edificante e positiva per farsi, viceversa, a considerare la funzione del giudice e del sistema di garanzie amministrative che rappresenta la precauzione sistematica contro condizionamenti nello Stato e nella società.

Deriva da ciò che i collegi di garanzia della rispettiva magistratura rinven-gano, tra i loro compiti istituzionali, anzitutto l'offerta al giudice di ordine interno e protezione dall'esterno, dunque indipendenza e, sia pure in misura non piena, dovendo anche occuparsi in parte di amministrazione attiva, parziale neutralità.

E che, inoltre, qualunque magistrato chiamato a dirimere controversie talvolta esasperate in contraddittorio, per ragioni diverse, sterile tra parti processuali che piuttosto cerchino di ottenere un atto di giustizia - ingiusta in loro favore, inquinandola con il ricorso a strumenti impropri (v. ad esempio le campagne di stampa, telematiche, manifestazioni di piazza, pubblicazione di notizie false o tendenziose), o delittuosi (corruzione, concussione, abuso d'ufficio, minaccia), possa/debba fare affidamento sul "suo" organo di garanzia per conseguire, attuandone il ripristino completo, la condizione di serenità nel giudizio, indispensabile allo scopo di fare giustizia in piena neutralità.

La neutralità nel “mercato” europeo e la mediazione neutrale nella giustizia amministrativa francese e italiana

Sommario: 1. *Il favor della Commissione europea per le soluzioni alternative delle controversie.* 2. *La legge francese sulla mediazione tra le forme di modernizzazione della giustizia del XXI secolo e le proposte di riforma del codice del processo amministrativo.* 3. *Il regolamento ministeriale sulle Camere arbitrali e di conciliazione.* 4. *Elementi di contrasto sull'introduzione di strumenti giustiziali nel processo amministrativo italiano*

1. *Il favor della Commissione europea per le soluzioni alternative delle controversie nel mercato*

È soprattutto nel mercato che emergono numerosi i bisogni di neutralità di operatori, consumatori, utenti e, più in generale della società civile; bisogni crescenti, peraltro, in proporzione all'estensione della liberalizzazione dei mercati.

Quest'ultima, infatti, da un lato ha costituito uno strumento di controllo nelle mani dei consumatori, liberi di scegliere tra più imprese fornitrici di servizi e di beni, dall'altro ha fatto venir meno le garanzie insite nella protezione politica dell'utenza¹, lasciando emergere con carattere di urgenza la necessità di risolvere le controversie che insorgono tra produttori/fornitori e consumatori, tanto che la Commissione europea ha ritenuto necessario, al fine di ridurre la sproporzione tra la portata economica della controversia e il costo della risoluzione giudiziaria² -in termini monetari e di tempo necessario per la pronuncia giurisprudenziale che è ben lontano dal tempo del mercato-, fissare *standard* minimi di tutela (semplificazione delle procedure giudiziarie, prevedere procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie, miglioramento della comunicazione tra operatori del mercato e con-

¹ G. DELLA CANANEA, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in *Dir. pubbl.* 2005, p. 601 ss.

² Cfr. il secondo considerando della raccomandazione della Commissione 98/257/CE.

sumatori al fine di raggiungere soluzioni condivise) che agevolino l'accesso alla giustizia³.

Il risultato dell'intervento in materia da parte della Commissione europea si è potuto apprezzare, ad esempio, nell'istituzione di una rete europea di ADR per la risoluzione delle controversie transfrontaliere. In particolare, con la risoluzione Consiglio europeo del 25 maggio 2000 è stato istituito l'*European Extra Judicial Network*, una rete basata sui *clearing houses*, destinata a ricevere tutte le procedure non giurisdizionali nazionali che siano conformi agli standard fissati dalla normativa europea.

Più in generale, il *favor* dell'ordinamento comunitario per le ADR e la crescente rilevanza che acquista (dovrebbe acquistare) il risultato della *performance* in termini di valutazione dell'efficienza dell'azione amministrativa⁴, hanno dato impulso a nuove tecniche di composizione extra giudiziaria di conflitti anche all'interno dell'organizzazione della pubblica amministrazione⁵, attenuando, peraltro, il rischio di condanne per responsabilità amministrativa per danno erariale⁶.

Si pensi alla funzione del mediatore europeo, istituito nel 1995 a Strasburgo con il compito di indagare sulle denunce contro istituzioni, organi, uffici e agenzie dell'UE per i casi di cattiva amministrazione⁷. Il mediatore

³ Cfr. sul tema S. STICCHI DAMIANI, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, p. 752 ss.; P. CHIRULLI, *La transazione e l'accordo bonario*, in *Il contenzioso sui contratti pubblici un anno dopo il recepimento della direttiva ricorsi*, a cura di F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2013, p. 9 ss.

⁴ Sul tema M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino 2003.

⁵ Cfr. F. CINTIOLI, *Le tecniche di Alternative Dispute Resolution*, in *www.giustamm.it*, 2009; M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2015, p. 481 ss. ove si evidenziano le potenzialità (e i limiti) degli strumenti di risoluzione precontenziosa delle controversie: "la specificità delle ADR pubblicistiche sta tutta nella consapevolezza che è necessario riformare l'attività amministrativa prima e piuttosto della giustizia amministrativa e meccanismi di riesame su invito del privato sono fondamentali per raggiungere questo risultato". Cfr., anche, M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 1-2/2014, pp. 1 ss.; B. MARCHETTI, *Le ADR nel contenzioso dei contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, n. 10/2015, nonché Id., *La tutela non giurisdizionale*, *Relazione al Convegno* in occasione dei primi 25 anni della Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, *Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale 25 anni dopo*, Università degli Studi di Milano, Sala Napoleonica, Venerdì 11 novembre 2016.

⁶ In questo senso G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2015, p. 272.

⁷ Si vedano inoltre le riflessioni svolte *infra*, capitolo V, paragrafo 5 sul Comitato europeo di esperti indipendenti.

raccoglie denunce (da presentare nel termine di due anni dalla conoscenza del comportamento patologico) da parte di cittadini o residenti dei Paesi UE, nonché di associazioni e aziende che abbiano sede nel territorio dell'UE. In particolare, il mediatore indaga su impulso di parte o d'ufficio in modo imparziale e neutrale sui casi di comportamento sleale, discriminazioni di vario genere, abusi di potere, opacità nella condotta dell'amministrazione (mancanza di informazione o rifiuto a fornire informazioni), ingiustificati ritardi nel provvedere e su qualsiasi irregolarità amministrativa. Il mediatore viene eletto dal Parlamento europeo appena insediato e riceve un mandato quinquennale rinnovabile e al Parlamento presenta una relazione annuale sull'attività svolta. Non ha alcun potere sanzionatorio, né giustiziale, ma ha il compito di attivare un procedimento articolato in *steps* che prevede anzitutto l'informativa dell'istituzione interessata, cercando di pervenire ad una soluzione amichevole che corregga la situazione patologica; in caso di esito negativo, il mediatore formula raccomandazioni all'istituzione interessata e, ove quest'ultima ignori le sollecitazioni ricevute, informa il Parlamento affinché provveda nel modo più opportuno⁸.

Sulla scia del *favor* espresso dalla Commissione europea per i rimedi alternativi di composizione delle controversie, nel nostro ordinamento giuridico viene affidata ad alcune autorità indipendenti una funzione del tutto peculiare di risoluzione delle controversie -quella che negli ordinamenti di *common law* viene definita come *adjudication* - nell'ambito di un procedimento di ponde-

⁸ Si pensi, inoltre, per tornare al territorio nazionale, alle procedure di conciliazione attivate da Trenitalia Spa per consentire ai viaggiatori che non abbiano ricevuto alcuna risposta ai reclami presentati alla società, di rivolgersi ad associazioni di consumatori -con le quali Trenitalia abbia stipulato all'uopo un protocollo d'intesa- per accedere, tramite compilazione di apposito *form online*, ad una più rapida ed efficace risoluzione extragiudiziale delle controversie: la procedura conciliativa è affidata ad una commissione di conciliazione composta da conciliatori designati da Trenitalia e dalle associazioni dei consumatori aderenti al protocollo. La commissione, si legge sul sito *web* di Trenitalia “esaminerà la domanda tenendo conto degli impegni contrattuali e, secondo principi di equità, valuterà la possibilità di formulare una proposta di conciliazione soddisfacente per le parti, che comunque verrà sottoposta al cliente per l'eventuale accettazione”. La procedura può essere attivata per le tratte di media e lunga percorrenza, ad esclusione dei treni del trasporto regionale, per inottemperanze agli impegni assunti da Trenitalia nella documentazione ufficiale (Condizioni di trasporto, informazioni commerciali pubblicate sul sito *web*, Carta dei Servizi).

Allo stesso modo, alcune ASL prevedono nelle loro Carte dei servizi sanitari, forme conciliative stragiudiziali di tutela dell'utenza, attraverso presentazione di apposito reclamo presso l'Ufficio relazioni esterne che istruisce la pratica, rimettendo la questione ad una commissione mista conciliativa.

Di identica commissione paritetica si è dotato dal 2009 (si veda il “Regolamento di conciliazione AQP” del Gennaio 2009) l'Acquedotto pugliese Spa che prevede una procedura di conciliazione attivabile per il tramite di associazioni dei consumatori firmatarie della Carta del Servizio Idrico.

razione degli interessi e nel perseguimento dell'obiettivo di giustizia del caso concreto: una specificazione della più generale "attività amministrativa caratterizzata da un'accentuata presenza di regole del contraddittorio e dai tratti tipici dei procedimenti garantistici"⁹.

A queste autorità e al *false mito* della loro neutralità saranno dedicate alcune riflessioni nel prosieguo di questa ricerca; qui interessa richiamare, oltre alla funzione di risoluzione delle controversie affidata all'AGCM¹⁰, quella affidata alla Commissione nazionale per le Società e la Borsa di decisione dei ricorsi proposti per l'impugnazione di atti di organi ed enti operanti sui mercati mobiliari¹¹; quella riservata all'arbitro finanziario Consob, operativo dal gennaio 2017¹²; quella della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, dotata del potere, su richiesta congiunta delle parti interessate, di "emanare un lodo sul merito della controversia" qualora si prospettino problemi nell'interpretazione o nell'applicazione dei contratti collettivi o dei codici di autoregolamentazione riguardo alle prestazioni indispensabili da assicurare in caso di sciopero (art. 13, 1° comma, *sub b*) della legge 12 giugno 1990, n. 146.

Si pensi, inoltre, alle competenze affidate all'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, oggi all'Autorità anticorruzione, che ha integrato il sistema dell'arbitrato rituale, sicché le controversie di settore tra imprese e stazioni appaltanti vengono affidate spesso alla risoluzione di un vero e proprio collegio arbitrale, istituito presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a

⁹ Così V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale delle autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano 2003, p. 235 nonché in F. Francario (a cura di), *Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti*, cit., che vi contrappone la "giustizialità in senso stretto", nella quale si ricomprende l'attività di composizione dei conflitti mediante la decisione dei ricorsi amministrativi.

¹⁰ Appare appena il caso di accennare al superamento dell'orientamento giurisprudenziale e dottrinario che, per lo più in materia di *antitrust* e con riferimento all'attività di controllo delle autorità indipendenti, la qualificava come "*giurisdizione obbiettiva*" in quanto volta alla tutela del libero mercato, che costituisce valore supremo rispetto agli interessi parziali di settore. In questi termini la tutela del singolo che assume esser stato leso dai provvedimenti adottati dall'autorità "al fine di tutelare il libero mercato", risultava necessariamente menomata e limitata al solo rapporto tra autorità vigilante e soggetto vigilato. Sul punto si veda M.E. SCHINAIA, *Il controllo giurisdizionale sulle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm. C.d.S.*, n. 10/2003, p. 3171 ss.

¹¹ Cfr. l'art. 25 della delibera 8674 del 17 novembre 1994 s.m.i., recante il "Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento della Commissione nazionale per le Società e la Borsa". Più in generale cfr. la norma di cui all'art. 27 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 sulle procedure di conciliazione ed arbitrato destinate a svolgersi davanti alla Consob. In dottrina cfr. le riflessioni di G. DELLA CANA-NEA, *La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl. comp.*, 2001, p. 737 ss.

¹² Per la quale v. *infra*, capitolo VI, paragrafo 6.

lavori, servizi e forniture. Quest’ultima, anche se ben presto aveva perso -come era previsto del resto- il collegamento organico con l’autorità di vigilanza nell’ambito della cui organizzazione era stata istituita, è tuttora preposta non solo a formare e a tenere l’albo degli arbitri, ma anche ad assicurare il funzionamento del collegio arbitrale in materia di appalti di lavori, servizi e forniture pubblici¹³, soprattutto mediante la nomina del suo presidente.

¹³ Cfr. le norme di cui agli artt. 241 (arbitrato) e 242 (Camera arbitrale e albo degli arbitri) del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, abrogati, insieme all’intero codice del 2006, dall’art. 217 del d.lgs. 50 del 18 aprile 2016 (in G.U. n. 91 del 19 aprile 2016), rubricato “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture” e contenente il (nuovo) codice dei contratti pubblici, attualmente sottoposto ad un procedimento di revisione mediante decreto correttivo su ottanta articoli.

Il d.lgs. 50 del 2016 disciplina nella Parte VI (Disposizioni transitorie e finali), titolo I (Contenzioso), Capo II (Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale) agli artt. 205-211, contiene una disciplina sostanzialmente dello stesso tenore delle abrogate norme del codice previgente, ma istituisce la Camera arbitrale presso l’ANAC, ristabilendo per tal via il collegamento organico con l’Autorità. Sulla diretta applicabilità della direttiva n. 24/2014, poiché ritenuta sufficientemente dettagliata, cfr. Cons. Stato, sez. II, 20 marzo 2015, n. 298; *contra* v. Ad. plen. Cons. Stato, 30 luglio 2014, n. 16 e TAR Lazio, sez. III, 12 marzo 2015, n. 4090.

In generale, sulle tre direttive UE del 2014 v. A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*; C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l’in house providing: problemi vecchi e nuovi*; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*; G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni, Relazioni per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su “La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione”*, Villa Monastero, Varenna 17-19 settembre 2015; P. CHIRULLI, *Regolazione e concorrenza nel mercato degli appalti pubblici*, in *Contratti della pubblica amministrazione e politiche di liberalizzazione*, a cura di F. Liguori e C. Acocella, Napoli 2014, p. 25 ss.; C.E. Gallo (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Giappichelli, Torino, 2014; H. CAROLI CASAVOLA, *Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12, 2014, pp. 1135 ss.; C. LACAVA, *Le nuove procedure, la partecipazione e l’aggiudicazione*, *ibidem*, pp. 1241 ss.; M. URBANI, *L’efficienza della committenza pubblica e il mercato unico*, *ibidem*, pp. 1150 ss.; F. DI CRISTINA, *La prevenzione dell’illegalità e l’interazione tra le amministrazioni*, *ibidem*, p. 1160 ss.; G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista italiana del diritto pubblico comunitario*, n. 1. 2015; C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, ESI, Napoli, 2015; C. CONTESSA, D. CROCCO, *Appalti e concessioni*.

In tal modo si adottano le garanzie proprie del modello arbitrale, senza rinunciare parallelamente ad una forma di controllo pubblico diffuso sullo stesso e su tutte le vicende del contratto e del denaro pubblico, garantito in ultima istanza dalla certificazione del lodo arbitrale a cura dell'autorità *ex art.9* del d.m. 2 dicembre 2000, n. 398¹⁴.

Si pensi, infine, al modello di risoluzione delle controversie che si è tentato di realizzare dopo la soppressione dell'autorità di vigilanza, con i difensori civili, preposti a tutelare i cittadini che abbiamo subito pregiudizi in conseguenza di episodi di cattiva amministrazione¹⁵ nell'ordinamento regionale.

2. La legge francese sulla mediazione tra le forme di modernizzazione della giustizia del XXI secolo e le proposte di riforma del codice del processo amministrativo

È entrata in vigore in Francia la legge n. 16-1547 del 18 novembre 2016, contenente norme sulla "modernizzazione della giustizia del XXI secolo".

Articolata in otto titoli, la legge interviene su tutte le disposizioni concernenti la giustizia contenute nei codici e nelle leggi vigenti, razionalizzandone i contenuti al fine di renderne più agevole la comprensione e di adeguarli alle pronunce della Corte costituzionale espresse in sede di giudizio di legittimità, di incrementare l'informatizzazione nei diversi settori soprattutto inserendo nell'ordinamento giuridico norme pregnanti sulla mediazione e sui rimedi alternativi di risoluzione delle controversie, nonché sulle varie tipologie di

Le nuove direttive europee, DEI, Roma, 2015. Ancora sulla legge delega per il recepimento delle direttive cfr. G. MASTRANDREA, *La legge delega per il recepimento delle direttive tra continuità e innovazione*, in C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, cit., p. 118 ss.; F. FRANCONIERO, *La giurisprudenza amministrativa sulle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, 2015, consultabile in http://www.italiadecide.it/public/documenti/2015/1/19012015_casistica_giurisprudenziale.pdf.

¹⁴ Nella disciplina di tutte le procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie si accorda all'interessato la facoltà di adire il giudice competente qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale della controversia, secondo la norma di cui all'art. 141 del codice del consumo (d.lgs. 206 del 6 settembre 2005).

¹⁵ V., in particolare, l'art. 11 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Sulla figura del difensore civico, in senso assai critico, cfr. N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino 2009, p. 192 ss. Rileva, peraltro A. GIORDANO, *Pubblica amministrazione e mediazione*, in *www.giustamm.it*, n. 10/2012, che i "mediatori" in questo caso "sono emanazione delle stesse amministrazioni, mancando, pertanto, della necessaria imparzialità". Cfr. inoltre sul rilievo del difensore civico nel rapporto tra cittadino e istituzioni, G. VESPERINI, *Voce Difensore civico*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, vol. III; M.R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale: paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli 1995.

class action -mediante le quali si prevede il riconoscimento tanto del diritto al risarcimento del danno, quanto del diritto ad ottenere la cessazione del comportamento lesivo dell’organo o del soggetto pubblico-.

Ci soffermiamo sulla legge francese per il motivo che ben presto emergerà, rilevando anzitutto in essa un’interessante impostazione nuova dell’intera materia della modernizzazione della giustizia. Nella rubrica del titolo primo si legge: “Avvicinare la giustizia al cittadino”, secondo una tecnica legislativa che nella rubrica dei titoli e dei capitoli di una legge non si limita all’indicazione del contenuto, ma anche del risultato ocriato e della finalità stessa della produzione legislativa specifica. La specificazione del capitolo 1° reca: “Potenziare la politica dell’accesso al diritto” e del 2°, “Facilitare l’accesso alla giustizia” tra le norme del quale spicca l’istituzione di un “*service d’accueil unique justiciable*”, ossia di un giudice della fase preliminare, la cui competenza si estende a tutte le giurisdizioni, pur essendo egli presente in ciascuna di esse per “accogliere” qualunque ricorrente. Il “service” informa gli interessati sulle procedure che li riguardano e riceve da essi (soltanto) gli atti afferenti a queste procedure.

Si tratta del definitivo superamento delle controversie, preliminari con il regolamento di giurisdizione e di appello con l’impugnazione per motivi di giurisdizione; va detto che anche nella dottrina italiana l’istituzione del giudice della fase preliminare o istruttoria viene tuttora auspicata, ma il precedente francese dovrebbe spingere verso una concreta attuazione del “*service d’accueil*”. Deve dirsi che un processo come quello regolato dal codice del processo amministrativo tende, piuttosto che all’accoglienza, alla rieiezione delle istanze non perfettamente uniformi allo schema di diritto positivo.

In particolare, il dettato legislativo esordisce con una dichiarazione inequivoca in base alla quale “Il servizio pubblico della giustizia contribuisce all’accesso alla legalità e garantisce la parità di accesso alla giustizia” e, dopo aver dedicato il titolo primo -come abbiamo cennato- a “*rapprocher la justice du citoyen*”, migliorando le norme relative all’accesso alla giustizia e rafforzando le garanzie di legge, il legislatore dedica il titolo secondo ai rimedi alternativi di risoluzione delle controversie, codificando come senz’altro obbligatorio il preventivo tentativo di conciliazione tramite mediazione¹⁶ per le controversie instaurate presso il Tribunale distrettuale. Casi di mediazione preventiva obbligatoria sono previsti dal IV paragrafo dell’art. L 213-10 a norma del quale per un periodo di quattro anni dalla promulgazione della legge, a titolo sperimentale, “i procedimenti contenziosi instaurati contro atti incidenti sulla situazione personale del ricorrente funzionario pubblico, o relativi alle richieste di prestazioni, benefici o diritti concessi a titolo di “aiuto o azione sociale”, o

¹⁶ Salvo che dalle parti o anche da una sola di esse venga una richiesta di accedere ad un accordo; o se d’intesa tra loro le parti si siano rivolte ad un’agenzia di mediazione, al fine di raggiungere una risoluzione amichevole della controversia; o ancora se sussista un giustificato motivo per il mancato ricorso alla conciliazione.

riguardanti l'alloggio e le cause di lavoro per coloro che sono rimasti privi del posto di lavoro, "sono soggetti alla mediazione preventiva obbligatoria, alle condizioni stabilite con decreto del *Conseil d'Etat*".

Una disposizione inserita "in via sperimentale", fino al 31 dicembre del terzo anno successivo all'entrata in vigore della legge, si legge nel capitolo 2°, sezione 3, paragrafo IV, ove si prevede, in ordine alle controversie familiari riguardanti la tutela del minore, la potestà genitoriale o il contributo per il mantenimento e l'istruzione del minore, che il giudice può d'ufficio o su richiesta di uno dei genitori, far precedere la controversia da un tentativo di mediazione familiare. Uniche eccezioni al tentativo di mediazione familiare sono previste nei casi -ma appaiono marginali- in cui venga richiesto da entrambi i genitori un accordo conciliativo, o se la mancata mediazione sia imposta da un giustificato motivo, infine se vi sia stata violenza da parte di un genitore sull'altro o sul minore.

Nel codice francese di giustizia amministrativa, la novella introduce, anzitutto con il titolo secondo, apposite modifiche funzionali all'inserimento massiccio della mediazione anche nelle controversie nelle quali -secondo la nota caratteristica della giustizia amministrativa d'oltralpe- sia comunque presente una pubblica amministrazione o un suo soggetto avente personalità giuridica pubblica o un concessionario di servizio pubblico, che si tratti di controversie a tutela di diritti soggettivi o di interessi legittimi, indifferentemente.

Viene, dunque, anzitutto eliminata dalla nuova legge, art. 5, mediante esplicita abrogazione la parola "giudiziario" -che evidentemente ostacolava l'espansione dell'istituto della mediazione anche in via extragiudiziarria- dalla prima frase dell'art. 22 della legge generale francese n. 95-125 dell'8 febbraio 1995 sull'*Organizzazione delle giurisdizioni* con particolare riferimento alla procedura civile, penale e amministrativa.

Un'ampia abrogazione all'interno del codice della giustizia amministrativa francese è, quella dell'art. 211-4 e dell'intero capitolo 1° *ter* del titolo settimo del libro VII; il legislatore del 2016 procede anche ad un primo *completamento* del titolo primo del libro I, mediante un capitolo 4° intitolato "*La médiation*", con un unico articolo che attribuisce al Consiglio di Stato, nelle controversie dinanzi a sé proposte in unico grado, il potere di ordinare una mediazione, sia pur dopo aver ottenuto il consenso delle parti -ma la *moral suasion* esercitata, anche involontariamente, dalla proposta proveniente dal supremo Consesso della giustizia amministrativa è prevedibile che induca le parti ad un consenso formale incondizionato per la mediazione- secondo le modalità già previste da quel codice al capitolo 3° del titolo primo del libro II.

Un secondo *completamento* eseguito mediante la novella concerne il titolo primo del libro II: viene aggiunto un capitolo 3° con rubrica "*La médiation*", la cui sezione 1 "Disposizioni generali" contiene norme di grande rilievo, anzitutto sull'applicabilità dell'istituto della mediazione a *tutti i tipi di processo amministrativo, comunque denominati* e consiste nel tentativo di due o più parti di pervenire ad un accordo in vista di una risoluzione *amicable* del loro

contrasto, con l'aiuto di un terzo, il mediatore, da esse scelto o designato, sulla loro intesa, oppure dal giudice competente per il giudizio contenzioso.

La definizione della posizione e dei compiti del mediatore segue alla definizione dell'ampiezza del fenomeno. La *mission* del mediatore si caratterizza per l'imparzialità, la competenza e l'operosità/diligenza, nonché, salvo casi particolari, anche per l'assoluta discrezione. Infatti le sue “*constatations*” e le dichiarazioni da lui raccolte nel corso della mediazione non possono essere divulgate né utilizzate o depositate in occasione di un ricorso giurisdizionale o arbitrale, salvo diverso accordo tra le parti della mediazione.

Le eccezioni al principio di riservatezza sono costituite da ragioni imperative di ordine pubblico o da motivi legati alla protezione dell'interesse superiore dei minori o all'integrità fisica o psicologica di una persona, infine la riservatezza cede quando la divulgazione del contenuto dell'accordo provocato dalla mediazione sia necessaria per la sua stessa effettività. Sarà il giudice competente per l'azione giurisdizionale a ricevere le conclusioni della mediazione e a rendere esecutorio l'accordo che le sancisce.

È nel capitolo 2° del titolo quinto che sono contenute le norme sulla *class action* davanti al giudice amministrativo francese mediante un'ulteriore integrazione del vigente codice di giustizia amministrativa, con un capitolo 10°, che anzitutto concerne l'azione prevista dalla legge n. 08-496 del 27 maggio 2008, contenente disposizioni diverse nel settore della *lotta contro le discriminazioni*, quella basata sul capitolo 11° del titolo quinto del codice della giustizia amministrativa, l'azione per la *salvaguardia dell'ambiente* -art. 142-3-1 del codice dell'ambiente-; quella in materia di *salute pubblica* (capitolo 3° del titolo quarto del libro I della prima parte del codice della salute pubblica), infine l'azione prevista dall'art. 43, l. n. 78-17 del 6 gennaio 1978 relativa all'*informatica*, agli *archivi* ed alle *libertà*.

L'oggetto delle *class actions* proposte dinanzi al giudice ordinario (*judiciaire*) varia rispetto a quelle proposte dinanzi ai giudici amministrativi sol perché comprende le controversie sul lavoro dipendente e non riguarda l'azione di cui al capitolo 11° del titolo settimo del libro VII del codice di giustizia amministrativa.

La sezione 4 del capitolo 2° del titolo quinto è dedicata alla *Médiation* in ogni *class action*. Al procedimento di mediazione possono partecipare soltanto le associazioni accreditate (riconosciute) e quelle regolarmente dichiarate da oltre cinque anni, deputate, per statuto, alla difesa di quegli interessi ai quali è stato inferito un danno da un soggetto pubblico o privato ma abilitato alla gestione di un servizio pubblico; il danno consiste in una violazione -che pregiudica gli interessi protetti di un'intera comunità territoriale, o etnica, o una categoria a rilevanza sociale, o economica- delle proprie obbligazioni legali o contrattuali.

L'azione di gruppo può essere esercitata, sia in vista della cessazione dell'inadempimento descritto poco sopra, sia per far valere la responsabilità

della persona che ha causato il danno allo scopo di ottenerne il risarcimento, sia per entrambe le finalità.

Ogni accordo raggiunto in nome del gruppo -quello conseguente alla intervenuta mediazione, in particolare- è sottoposto all'omologazione del giudice che verifica se esso sia conforme agli interessi di coloro ai quali esso è destinato ad applicarsi, attribuendogli forza esecutoria. Lo stesso accordo precisa le modalità di pubblicità necessarie ad informare della sua conclusione le persone che hanno diritto ad essere indennizzate in base al suo contenuto ed indica i termini e le modalità per beneficiarne.

Alla mediazione le parti possono giungere anche al di fuori di un giudizio instaurato da una di esse, in particolare chiedendo al giudice che sarebbe competente per quella controversia di provvedere alla nomina di un mediatore, salvo che si rientri in un caso di tentativo obbligatorio di conciliazione pre-contenziosa, anche se la consapevolezza dell'obbligatorietà della mediazione sopravvenga a giudizio instaurato (art. L.213-5 del titolo secondo, capitolo 3°, "La mediazione su iniziativa delle parti")¹⁷. L'attivazione della procedura di mediazione interrompe la decorrenza dei termini per agire in giudizio, che ricominciano a decorrere per un periodo non inferiore a sei mesi dalla dichiarazione di conclusione del procedimento di mediazione.

Il mediatore informa il giudice sull'accordo o mancato accordo delle parti.

La legge francese fin qui brevemente illustrata nei suoi contenuti essenziali relativamente al neo introdotto istituto della mediazione e, più in generale, dei rimedi alternativi di risoluzione delle controversie è stata emanata anche in attuazione della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008 incidente su determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, direttiva recepita nell'ordinamento giuridico italiano con il d.lgs. 4 marzo 2010 (emanato in attuazione dell'art. 60 della l.18 giugno 2009, n. 69).

La qualificazione dei mediatori nominati dal giudice è garantita dalla costituzione di un apposito elenco¹⁸ di mediatori -redatto dai giudici di appello, secondo le direttive stabilite con decreto del Consiglio di Stato da emanarsi entro sei mesi dall'entrata in vigore della novella in commento- dal quale ogni giudice potrà attingere per il conferimento dell'incarico al mediatore.

Oltre alla figura del *médiateur* nel capitolo 2°¹⁹ del titolo settimo della l. 2016-1547 del 18 novembre 2016 riforma le disposizioni relative all'attività

¹⁷ Il giudice può designare come mediatore una persona "interna al Tribunale", ovvero una persona al di fuori dell'organico del Tribunale, nel qual caso determina preventivamente il compenso da corrispondere al mediatore. La decisione del giudice non può essere appellata (art. L. 213-10).

¹⁸ Ex art. 22.1.A aggiunto all'articolo 22 della legge n 95-125 dell'8 febbraio 1995 relativa all'organizzazione dei tribunali civile, penale e amministrativo.

¹⁹ "Renforcer l'indépendance l'efficacité de l'action des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires".

di *munera* di origine giurisdizionale o contrattuale come gli amministratori giudiziali, cioè curatori del patrimonio di minori, curatori fallimentari, gestori di patrimoni sequestrati o comunque nella disponibilità dello Stato o i mandatari giudiziari, amministratori condominiali nominati dall'assemblea o dal giudice come mandatari giudiziali sono di due categorie. Se essi siano accreditati ed iscritti ad un'apposita lista prevista dal codice di commercio, rendono il conto finale e possono subire controlli pubblici della loro attività che deve mantenersi sulle linee della neutralità -per giunta da rendere evidente nell'esercizio della funzione- soltanto dietro denuncia recante fatti verosimili di una persona interessata che abbia titolo per dolersi delle scelte e del comportamento dell'amministratore o del mandatario giudiziario; se non iscritti e tuttavia incaricati del *munus* sono sottoposti -a prescindere da qualsiasi ipotesi nell'esercizio della funzione- al controllo istituzionale dell'Ufficio del pubblico ministero del distretto di Corte d'Appello competente per territorio, nonché alle ispezioni ministeriali regolate non dalla legge, ma da un decreto del Consiglio di Stato ad emanarsi²⁰.

Le norme (art. 97 della novella) facilitano l'introduzione in concreto e con la maggior espansione del mediatore anche con l'abrogare alcune incompatibilità che ostacolavano l'esercizio dell'amministrazione giudiziaria e disponendo che “*Elle ne fait pas non plus obstacle*” all'espletamento dei mandati di mandatario (commissario) *ad acta* e di amministratore provvisorio designato per fissare il regolamento condominiale degli edifici o di mandatario di giustizia (commissario) nominato ai sensi del codice penale, né di esercente attività per conto dell'Agenzia di gestione e conservazione dei beni acquisiti e confiscati dallo Stato.

Compaiono in queste fattispecie nelle quali si articola l'incompatibilità altre figure tipiche del *munus publicum*: i mandati di commissario per l'amministrazione o la liquidazione concordata, di esperto giudiziario (ctu), di commissario di sequestro concordato oppure commissario giudiziario per un sequestro conservativo contenzioso, seguito ad una misura di prevenzione, o ad una procedura collettiva, o ad una attività di commissario *ad acta*, di amministratore provvisorio, nella quale un amministratore giudiziario sia stato già designato in base alla legge generale 65-557 del 10 luglio 1965 dal giudice competente.

La pregnanza di siffatte figure commissariali di tipo giustiziale e rigorosamente neutrali nella loro attribuzione di ipotesi emergente dalle nuove disposizioni nel complesso semplificanti e favorevoli alla loro espansione nell'ordinamento francese ci riporta, dunque, alla neutralità (*indipendance*) dell'esercizio di questo genere di *munera publica* voluti dalla legge ma istituiti per nomina di giudici o di soggetti amministrativi, in entrambi i casi operativi nell'interesse generale: a che i minori non perdano le loro risorse econo-

²⁰ “*Un décret en Conseil d'Etat précise l'organisation et les modalités des contrôles*”.

miche, i creditori, come ceti, anzitutto i dipendenti dell'imprenditore e il fisco -portatore dell'interesse della finanza pubblica, che è, ovviamente, generale-possano ricevere una parte almeno delle risorse delle somme che spettano loro, gli amministratori dei beni confiscati alla criminalità, i consulenti tecnici nominati d'ufficio dal giudice o dal collegio arbitrale o dall'arbitratore, o, nel corso della mediazione, dal mediatore rappresentano tutti figure e momenti dell'amministrazione -in qualche caso della giustizia- neutrale, chiamati come sono ad operare con la loro specifica professionalità e capacità personale, a svolgere funzioni di interesse generale, mai condizionati da interessi di parte, men che meno dalla prospettiva di vantaggi, sia pur indirettamente, in proprio favore.

Oltralpe si incrementa senz'altro il ruolo di questo genere di operatori sociali, pur in presenza di un ordinamento giurisdizionale per certi aspetti esemplare; e, si direbbe, lo si incrementa senza risparmio se è vero che in ogni tipo di giudizio amministrativo, senza eccezioni, può essere istituito il mediatore.

Non v'è dubbio che la giurisdizione di pura legittimità sul provvedimento amministrativo potrebbe essere la fonte delle maggiori difficoltà per una mediazione: ma questa considerazione implica semplicemente la stretta opportunità di seguire l'esperienza giuridica che si sta svolgendo, con avvio proprio nei primi mesi del 2017, nelle Corti francesi per verificare se il coraggio del legislatore stia per ottenere un risultato positivo qual è quello dell'alleggerimento del peso e del costo della giustizia, da un lato, e dall'altro quello della valutazione di merito -preziosa per avvicinare "la giustizia"- conseguente al confronto delle parti in sede di mediazione.

3. Il regolamento ministeriale sulle Camere arbitrali e di conciliazione

Nel nostro ordinamento un'introduzione di istanze giustiziali di notevole rilievo non è stata attuata in occasione di nuove leggi sull'ordinamento giudiziario o comunque sui processi civile o amministrativo, bensì varcando la soglia della regolazione delle attività forensi.

Dal gennaio 2013, infatti, la legge sulla nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense 31 dicembre 2012, n. 247 prevede all'art. 1, co. 3 una specifica procedura di approvazione di regolamenti da parte del Ministro della giustizia aventi funzione di attuazione della legge²¹; e l'art. 29, nel definire i compiti e le prerogative di ogni Consiglio dell'ordine degli avvocati, prevede alla lett. n) che "il Consiglio può costituire Camere arbitrali di conciliazione

²¹ Il regolamento deve rispettare l'art. 17, co. 3 della l. 23 agosto 1988, n. 400, previo parere del Consiglio nazionale forense che esprime il suddetto parere entro 90 giorni dalla richiesta, "sentiti i Consigli dell'ordine territoriali e le Associazioni forensi che siano costituite da almeno 5 anni e che siano state individuate come maggiormente rappresentative dal CNF". La norma richiama prettamente il contenuto sostanziale della legge 1988 n. 400.

ed organismi di risoluzione delle controversie, in conformità al regolamento adottato ai sensi dell’art. 1 e con modalità dallo stesso stabilite”.

La triplice configurazione prevista dalla legge in ordine all’intervento giustiziale amministrato, questa volta, dai singoli Consigli dell’ordine forense è riportata nel regolamento ministeriale²², che infatti “disciplina -art. 1- le modalità di costituzione delle Camere arbitrali e di conciliazione e degli organismi di risoluzione alternativa delle controversie”, presso ogni Consiglio dell’ordine, la cui delibera ne approverà l’atto costitutivo e lo statuto.

I tre organismi saranno dotati, inoltre, di “criteri per l’adozione del regolamento recante le norme relative al funzionamento della Camera arbitrale e di conciliazione e ai relativi costi”.

Si può osservare di passaggio che la terza categoria di organismi che la legge consente di istituire ad iniziativa dei singoli Consigli dell’ordine è di possibile, ma non necessaria, costituzione.

Al contrario, gli altri strumenti di conciliazione alternativa delle controversie della Camera arbitrale e di conciliazione possono esser istituiti ed amministrati alla sola condizione dell’adozione di specifici regolamenti “in coerenza con le disposizioni della legge e del presente decreto, soggetto all’approvazione del Consiglio dell’ordine”.

Il d.m. mutua anzitutto dalla legge francese sulla riforma della giustizia l’obbligo di riservatezza che coinvolge gli arbitri, i conciliatori, i dipendenti e qualsiasi altro soggetto coinvolto in qualunque qualità nelle attività della Camera arbitrale e di conciliazione (salvo che per finalità di studio e nell’accordo delle parti possono pubblicarsi atti e lodi in forma anonima).

La Camera arbitrale e di conciliazione, nuovo organismo dotato di autonomia organizzativa ed economica, “amministra i procedimenti di arbitrato e di conciliazione in conformità al presente decreto”.

L’amministrazione di procedimenti giustiziali non rappresenta la migliore definizione di siffatte attività, risentendo di una concezione centralista e statalista che immagina ruoli gerarchici tra Ministro della giustizia, Consiglio nazionale forense, Consiglio dell’ordine forense, Camere arbitrali e di conciliazione e Consiglio direttivo delle Camere arbitrali e di conciliazione nominati dai Consigli dell’ordine nel numero di tre, cinque o sette a seconda del livello delle iscrizioni di avvocati in ciascun Consiglio.

Ai fini della nostra ricerca, la costruzione “amministrativa” della funzione arbitrale, conciliatoria o giustiziale si rivela utile a confermare la natura amministrativa delle funzioni collocate nei singoli livelli paragerarchici. Quanto alla neutralità, essa è assicurata dalla presenza di avvocati riconosciuti come

²² Che ha ricevuto i pareri favorevoli del Consiglio nazionale forense il 22 aprile 2016, del Consiglio di Stato - Sezione consultiva per gli atti normativi il 30 agosto 2016 e delle Commissioni parlamentari competenti, infine che è stato inviato al Presidente del Consiglio dei ministri il 30 novembre 2016 (all’atto di licenziare queste pagine non ancora pubblicato in G.U.).

specialisti ed esperti, inseriti a domanda con documentazione delle competenze, previa disamina dei loro requisiti di compatibilità con la funzione, nell' "Elenco degli arbitri e dei conciliatori" affidato al Consiglio direttivo, che approva, inoltre, il codice etico "che ciascun iscritto si impegna a rispettare prima di assumere l'incarico". In realtà, l'attribuzione dell'incarico di arbitro o di conciliatore è affidata al principio di rotazione e si avvale "di sistemi informatizzati" che devono essere "in dotazione alla Camera arbitrale e di conciliazione".

Di particolare interesse sono le "aree di competenza professionale" in numero di sei²³.

Osservandola nel complesso dell'ordinamento generale, la disciplina ministeriale dell'arbitrato, della conciliazione e delle eventuali altre forme riferite ai diversi schemi noti sinora di risoluzioni alternative delle dispute giuridiche (ADR) può definirsi indubbiamente significativa dell'esigenza ormai diffusa di una giustizia rapida, neutrale e non troppo costosa (i compensi per arbitri e conciliatori sono quelli della tariffa forense).

Non può dirsi altro in questa fase appena alborale della novella, se non che in essa non si riscontra alcuna fattispecie di obbligatorietà del ricorso alla Camera, come viceversa era previsto per il mediatore nelle controversie civili e commerciali che, secondo il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, come modificato dal d.l. n. 69/2013 (decreto "del fare"), doveva essere adito *ante causam*, a pena di improcedibilità, nei casi di tentativo obbligatorio di conciliazione in una serie casistica non breve²⁴.

Nessuna norma transitoria²⁵ regola la sopravvivenza delle conciliazioni obbligatorie richieste dalle leggi precedenti e l'individuazione di sei ampie aree di competenza dei nuovi organismi sembra esaurire gli spazi per i precedenti.

²³ Le aree sono: 1. Diritto delle persone e della famiglia, diritti reali, condominio e locazioni; 2. Diritto della responsabilità civile; 3. Diritto dei contratti, diritto commerciale e diritto industriale, diritto bancario e finanziario, diritto delle procedure concorsuali; 4. Diritto del lavoro, della previdenza e dell'assistenza sociale; 5. Diritto amministrativo; 6. Diritto internazionale, diritto del commercio internazionale e diritto dell'Unione europea.

²⁴ Secondo l'art. 5, co. 1-bis "Mediazione obbligatoria": "Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione".

²⁵ Come esempio della fiera ostilità rispetto alla mediazione obbligatoria, cfr. M. G. CIVININI, *Questioni controverse in materia di mediazione*, in www.questioninegiustizia.it (pubblicazione online dell'Associazione magistratura democratica), 14.5.2014: "Sul piano costituzionale, l'imposizione di una sorta di *ius postulandi* (ulteriore allo *ius intercessionis*, attribuito al mediatore nei casi di mediazione obbli-

Ma, prescindendo da questa tematica particolare, è da sottolineare che l'evoluzione nell'esperienza comune dell'esercizio di funzioni affidate ad avvocati scelti ed immuni da connivenze, anche da qualsiasi sospetto, in un ambiente giuridico reso ampiamente aperto al pubblico per favorire un controllo generale continuo e valido da parte di chiunque, potrà dire se anche il popolo italiano ha diritto di avvalersi di strumenti legittimi di giustizia non togata nei rapporti di “diritto amministrativo”; o se, nonostante la strada percorsa sin qui, l'*iter* della giustizia giustiziale neutrale non versi tuttora nella condizione di sviluppare esperienze adeguate, trasparenti e vincenti almeno nelle controversie più adatte alla “privatizzazione” di organi di giustizia neutrale, almeno dove la sovranità dello Stato non venga in discussione quale valore primario da correlare alle altre situazioni soggettive presenti nel contenzioso.

Con questa riserva che, nonostante le “spinte” d'oltralpe sembra necessario esprimere, può avviarsi serenamente (cioè senza la preoccupazione di eccessi eversivi dell'ordinamento) l'osservazione critica di un fenomeno *in progress* di amministrazione neutrale della giustizia anche amministrativa non togata.

4. Elementi di contrasto sull'introduzione di strumenti giustiziali nel processo amministrativo italiano

Parte della dottrina esorcizza la mediazione nel processo anche amministrativo non soltanto per le ragioni note che si riassumono nella fedeltà al modulo garantista immediatamente giurisdizionale, conquistato a fatica nel

gatoria) configurerebbe un irrazionale aggravamento del diritto di azione (non lenito, come diremo tra poco, dall'assistenza a spese dello Stato) e determinerebbe un'irragionevole diversità di disciplina rispetto allo *ius postulandi* vero e proprio (cfr. art. 82, 1° e 2° co c.p.c.), con violazione degli artt. 3 e 24 Cost. Sembra altresì configurabile una violazione dell'art. 6 CEDU (e quindi degli artt. 11 e 117 Cost) in quanto la legittimità delle limitazioni al diritto di autodifesa (e di tutela dei propri diritti in via negoziale) -come disegnate dalla Corte Costituzionale, dalla Corte di Cassazione (v. da ultimo Cass., n. 24517 del 30 ottobre 2013) e dalla stessa Corte EDU- possono valere per il processo in senso proprio ma non per una precedente fase amministrativa o mediatrice. Sul piano del rispetto della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo, deve anche ricordarsi che per la Corte EDU non può aversi rappresentanza obbligatoria senza gratuito patrocinio. In Anghel c. Italia 25 giugno 2013, afferma la Corte: ‘51. Non esiste un obbligo ai sensi della Convenzione di rendere disponibile il gratuito patrocinio per tutte le cause (controversie) in materia civile, giacché esiste una chiara distinzione tra la formulazione dell'articolo 6 § 3 (c), che garantisce il diritto di essere assistito gratuitamente nel procedimento penale se ricorrono determinate condizioni, e quello dell'articolo 6 § 1, che non menziona in alcun modo l'assistenza legale (si veda *Del Sol c. Francia*, n. 46800/99, § 21, CEDU 2002-II) ’ ”.

tempo con l'abrogazione della norma sulla definitività del provvedimento come condizione per il ricorso al giudice; ma anche quale prevaricazione nei confronti di chi ha ragione.

Si ritiene, infatti, assai di recente che “chi ha tutta la ragione ...non riuscirà più ad ottenerla tutta ma dovrà pagare un piccolo prezzo a chi ha torto tollerando un piccolo furto che gli viene fatto *pro bono pacis* per assicurare il quieto vivere e il controllo sociale. In questa prospettiva vedo iscriversi l'istituto poco giuridico della mediazione, tradotta in una prevaricazione più crudele di quelle che si celebrano spesso nei tribunali”²⁶.

Ma le posizioni contrarie alla risoluzione non giurisdizionale dei conflitti tra cittadino, specialmente se imprenditore, in quanto soggetto attivo rilevante nei rapporti economici e la pubblica amministrazione sono destinate a recedere di fronte alla domanda crescente di giustizia celere e non gravosa che in Europa si diffonde senza troppi riguardi per le tradizioni.

Tutti dovrebbero viceversa impegnarsi nella ricerca del modulo più idoneo per pervenire alla soluzione giustiziale, come esercizio di funzione comunque neutrale, come neutrale è quella giurisdizionale: un mediatore scelto dalle parti in un albo di veri esperti tenuto dai giudici; o, in difetto di accordo da concludersi tra le parti nelle quarantotto ore dalla proposta di una di esse, scelto dal giudice competente per il giudizio, il più volte ipotizzato e richiesto dalla dottrina giudice della fase dell'istruttoria preliminare, in alternativa il presidente del TAR o della sezione competente per il giudizio di merito. Con la conseguente configurazione di facoltatività della procedura giustiziale come regola e obbligatorietà come eccezione circoscritta normativamente a fattispecie determinate (in alcune materie del diritto dell'ambiente, sulle principali questioni scientificamente controverse, sulle oscillazioni giurisprudenziali in materia di sanzioni urbanistiche), ma anche decisa dal giudice nel corso del processo, anche in questo caso in fattispecie determinate.

In particolare a seguito del convincimento del giudice che alla sentenza non potrebbe che essere preferita la pronuncia giustiziale del mediatore, arbitro, ADR, che definire si voglia, nell'interesse della pubblica amministrazione così come in quello del privato ricorrente.

Fasi sperimentali, cautele come quella dell'immunità (non dal controllo penale, ma) dal controllo delle procure della Corte dei conti salvi i casi di

²⁶ In questi termini M.M. FRANCANZANI, *L'identità. Diritti fondamentali tra Corti europee e pubblica amministrazione*, Bologna 2016, p. 158. Quanto al sempre prezioso contributo di Francesco Volpe, c'è da osservare che tutta la sua produzione scientifica è assai prudente se non ostile rispetto all'introduzione di strumenti come quelli in atto nel processo amministrativo francese che servirebbero unicamente a far lavorare di meno i giudici; Volpe aggiunge, peraltro, talune considerazioni finalizzate alla conservazione dell'attuale sistema di organizzazione giudiziaria, di tutto rispetto ma non sempre interamente condivisibili.

dolo; tenendo anche conto che sarà il giudice amministrativo a ratificare la decisione del mediatore, garantendone la legittimità.

In realtà, nella dottrina italiana sembra essere rinata in questi ultimi tempi l'attenzione per l'intervento del mediatore nel corso di vari studi, oggi ripresi, sulla riforma del codice del processo amministrativo che, in sei anni di estesa e continua applicazione, ha mostrato di non aver risolto il problema dell'efficienza e della flessibilità - rapidità dell'operato dei TAR e delle cinque sezioni giurisdizionali del complesso Consiglio di Stato- Consiglio di giustizia amministrativa della regione siciliana.

Anzi, non può tacersi dell'effetto negativo derivante dai contrasti spesso aperti all'interno dell'istituzione giurisdizionale, una parte dei quali potrebbero dirimersi se la giustizia amministrativa riuscisse a rispondere alla domanda di maggiore rapidità e nello stesso tempo attenzione alle conseguenze delle sue sentenze, se tornasse al prestigio di un tempo (ma anche degli ultimi anni) che essa ha saputo meritare quando l'esigenza generale della giustizia nell'amministrazione e fuori di essa era assai meno pregnante di oggi e si presentava come non difficilmente fronteggiabile.

Più da vicino, non mancano in dottrina studi e tentativi di proposizione di articolati relativi ad una legge delega per l'adozione di un decreto legislativo recante la disciplina della mediazione per le controversie nelle quali sia coinvolta la pubblica amministrazione, fissando al secondo comma dell'unico articolo che compone il disegno di legge i principi e criteri direttivi per la disciplina dell'istituto.

Anzitutto si chiede al Governo di provvedere all'introduzione dell'istituto della mediazione in tutte le controversie nelle quali possa essere coinvolta la pubblica amministrazione, sia davanti alla giurisdizione ordinaria che davanti alle giurisdizioni speciali e che la disciplina sia espressamente applicabile a tutte le pubbliche amministrazioni -rientrando la mediazione nella materia della “giurisdizione e norme processuali”, attribuita *ex art.* 117, 2° comma, lett. 1) Cost., alla potestà legislativa esclusiva dello Stato-: sicché non può esservi alcuna discriminazione o ostacolo sul territorio nazionale in ordine all'utilizzo facoltativo dello strumento della mediazione nelle controversie che coinvolgano a qualunque titolo la pubblica amministrazione.

Al fine di applicare in materia di prescrizione e decadenza, nonché per i termini di conclusione del procedimento di mediazione, la stessa disciplina dettata dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie in materia civile e commerciale²⁷, si prevede che la legge delega offra al Governo del compito di disporre che nella

²⁷ Sul quale si è espressa la Corte costituzionale nella sentenza 6 dicembre 2012, n. 272, censurandolo nella parte in cui oltre a prefigurare la possibilità di accedere al procedimento mediatorio, in via facoltativa, per la conciliazione stragiudiziale delle controversie civili o commerciali in genere, purché vertenti “su diritti disponibili” (art. 2, co. 1), ne veniva prescritto il previo esperimento come condizione di proce-

mediazione con la pubblica amministrazione trovino applicazione le norme di cui all'art. 5, comma 6, del suddetto d.lgs. del 2010, ai sensi delle quali "dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 -verbale di mancato accordo- presso la segreteria dell'organismo"; e dall'art. 6 del d.lgs. 28/2010, ove non diversamente disposto; ancora, che la parte amministrativa deputata a chiedere o ad accettare l'attivazione della mediazione sia individuata nel responsabile del procedimento o, in mancanza, nel titolare dell'ufficio competente per materia.

Quanto alla qualificazione del mediatore, egli dovrà essere dotato -secondo lo schema di proposta legislativa *in fieri*- di diploma di laurea specialistica o equiparata, di specifica competenza e formazione in materia di diritto amministrativo ed iscritto in una sezione separata del registro per la trattazione degli affari che richiedono specifiche competenze in materia amministrativa, disciplinata con apposito decreto del ministro della Giustizia, di concerto con il ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, i quali esercitano la vigilanza sul registro. La competenza a ricevere le istanze di mediazione per le controversie che coinvolgono le pubbliche amministrazioni viene individuata nell'Ufficio o nel Servizio legale interno della pubblica amministrazione interessata, ovvero, in mancanza, nel responsabile degli Affari

dibilità della domanda giudiziale per una serie di materie esattamente individuate dal successivo art. 5, co. 1.

In particolare, ha ritenuto la Consulta, nell'imporre il ricorso forzato alla conciliazione il Governo è incorso in un eccesso di delega, non trovando il previo esperimento obbligatorio del procedimento di mediazione alcun fondamento nella delega contenuta nella norma di cui all'art. 60 della l. 18 giugno 2009, n. 69, né nella normativa comunitaria in materia -oggetto di accurata ricognizione da parte della Consulta- dalla quale non è dato desumere "alcuna esplicita o implicita opzione a favore del carattere obbligatorio dell'istituto della mediazione. Fermo il *favor* dimostrato verso detto istituto, in quanto ritenuto idoneo a fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale, il diritto dell'Unione disciplina le modalità con le quali il procedimento può essere strutturato, ma non impone e nemmeno consiglia l'adozione del modello obbligatorio, limitandosi a stabilire che resta impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio" (punto 12.2 della motivazione). Pertanto, proseguono i giudici della Consulta "la disciplina dell'UE si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, la quale resta demandata ai singoli Stati membri, purché sia garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie. Ne deriva che l'opzione a favore del modello di mediazione obbligatoria, operata dalla normativa censurata, non può trovare fondamento nella citata disciplina".

generali della stessa; l'amministrazione dovrà essere assistita nella procedura di mediazione da un avvocato dell'Avvocatura generale dello Stato -che esprimerà il parere sull'accordo raggiunto-, in caso di amministrazione statale o di amministrazione autorizzata ad avvalersi del patrocinio di questa; e, negli altri casi, il parere sarà dall'Ufficio o Servizio legale interno all'amministrazione, ove esistente, ovvero da un avvocato del libero foro iscritto all'Albo, officiato dal soggetto pubblico privo di ufficio legale interno. Acquisito il parere del professionista, favorevole all'accordo totale o parziale raggiunto in sede di mediazione, l'amministrazione darà attuazione all'accordo stesso mediante adozione di apposita delibera da parte dell'organo competente; tale iniziativa non comporta responsabilità in capo ai soggetti intervenienti, se non per l'ipotesi del dolo e deve porre capo ad un titolo esecutivo.

Resta, ovviamente, da risolvere la questione dell'alternativa tra obbligatorietà e facoltatività -per il soggetto interessato- del ricorso alla figura del mediatore, non essendo sufficiente l'applicazione del principio in base al quale, nonostante l'esito negativo della mediazione per gli interessi di uno dei soggetti del procedimento, questi potrà comunque adire il giudice amministrativo nel termine di legge (60 o 30 giorni) decorrente dal deposito della risoluzione del mediatore: non basta, in quanto la permanente apertura della strada per il ricorso al giudice (art. 113 Cost.) contro tutti gli atti amministrativi impugnabili non esclude punto che l'esperimento del ricorso amministrativo sia seguito, nel termine decorrente dalla comunicazione del suo esito, da un ricorso al TAR.

D'altra parte è anche da considerare che un obbligo generalizzato di passare dal rimedio giustiziale prima di poter adire il giudice rappresenta senza dubbio una negatività non indifferente sul piano forse dell'effettività e, soprattutto, della rapidità della tutela.

Queste considerazioni sembrano tuttavia implicare un lavoro di analisi di tutte le fattispecie portate all'attenzione sinora dei giudici amministrativi, ordinari, delle acque pubbliche, o militari in tempo di pace per individuare quelle nelle quali la previa cognizione giustiziale si presenti più utile per la decisione successiva del giudice: il contenzioso in materia ambientale e dei contratti pubblici, ad esempio, dove è coinvolta sempre più attivamente la questione di merito.

Per seguire l'esempio francese, anche il vario contenzioso suscitato dall'esercizio del servizio sanitario nazionale (rispetto dei livelli essenziali di assistenza in tutto il territorio nazionale di recente ribaditi sul piano esecutivo dal legislatore; qualità ed equipollenza di farmaci richiesti in una gara pubblica di fornitura, provvedimenti e pareri in materia di igiene pubblica e di ambiente salubre, ecc.) meritando l'obbligatoria fase preliminare affidata al mediatore per la quale si approfondisce nel contraddittorio giustiziale, un tentativo di mediazione.

Dopo di che la *res* rimasta *dubia* può essere utilmente “giustiziata” sulla base delle acquisizioni derivanti da un contraddittorio “tecnico” tra le parti,

che il giudice apprezzerà per le tesi sostenute nel merito *hinc inde*, valutandone l'attendibilità rispettiva alla luce del sindacato di logicità e proporzionalità che, nei limiti della legittimità, assorbe il merito già "istruito" in sede di discrezionalità tecnica dagli esperti tecnici di fiducia di ciascuna delle parti.

In casi come questi, dunque, può bene affermarsi l'obbligo di un vero e proprio pre-processo che consente un ricorso al giudice assai più ampio, sia pure nel rispetto della legittimità: quest'ultima, da valutare, tuttavia, dopo uno specifico contraddittorio svolto soprattutto in punto di puro merito, ben guidato dal mediatore e documentato con la più ampia (e liberatoria) partecipazione degli interessati.

Si potrebbe forse pervenire percorrendo, con prudenza e sapienza, la strada ormai segnata anche in diritto positivo dai giuristi francesi (il *Conseil d'Etat*, anzitutto, dato anche l'oggetto specifico della legge) ad una risposta di giustizia, arricchita dall'esercizio nuovo di funzione neutrale, definibile, con un significato altrettanto nuovo, come giurisdizione piena di legittimità.

Neutralità nell'amministrazione dell'economia pubblica

Sommario: 1. *Il Consiglio superiore dei lavori pubblici.* 2. *La neutralità dei dirigenti pubblici. Le authorities.* 3. *La funzione neutrale delle commissioni di concorso e di gara ad evidenza pubblica.* 4. *Il ricorso amministrativo alle Commissioni di ricorso delle Agenzie europee. Il caso dell'ESMA.* 4.1. *L'ECHA e la sua Commissione di ricorso.* 5. *Il Comitato europeo degli esperti indipendenti del 1999.* 6. *Le funzioni amministrative neutrali nell'esperienza statunitense.*

1. *Il Consiglio superiore dei lavori pubblici*

Il Consiglio superiore dei lavori pubblici¹ “massimo organo tecnico consultivo dello Stato” è un esempio di organo definito dalla legge come destinatario di garanzia di “piena autonomia funzionale e organizzativa, nonché (di) indipendenza di giudizio e di valutazione” (art. 215, 1° comma, d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016).

Il Consiglio, si osserva subito, è composto ai sensi della norma di cui all'art. 3 del d.P.R. 204 del 2006 dal Presidente, dai presidenti di sezione, dal direttore del Servizio tecnico centrale, dal Segretario generale, nonché dai componenti effettivi e dai componenti di diritto indicati dalla norma rispettivamente ai commi 3 e 4, individuati con decreto del ministro delle infrastrutture e dei trasporti per una durata triennale.

È nota e sperimentata ormai da ben oltre settant'anni la competenza tecnica del Consiglio superiore, dunque il suo successo nell'esercizio delle innumerevoli funzioni attribuitegli dalle leggi succedutesi nel tempo dimostra che si tratta di un organo forte di una sua dotazione di alte competenze tecniche che potrebbero stimarsi come di per se stesse adeguate per condurre ad escludere una funzione ancillare del potere politico.

¹ Istituito con l. 18 ottobre 1942, n. 1460, s.m.i. Con d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300 e s.m.i., art. 43, 2° comma *septies* (come modificato dall'art. 2 d.lgs. 12 giugno 2003, n. 152) si affidava alla fonte regolamentare il riordino del Consiglio. In attuazione, il d.P.R. 27 aprile 2006, n. 204 “Regolamento di riordino del Consiglio superiore dei lavori pubblici” ha modificato l'organizzazione del Consiglio e disciplinato la formazione degli organi.

Per quanto le norme che disciplinano l'esercizio della funzione affidata al Consiglio superiore militino senz'altro per la qualificazione neutrale delle funzioni esercitate, tuttavia la scelta normativa attinente alla sua struttura, anzitutto alla nomina integralmente governativa dei componenti l'Assemblea generale, del Consiglio, dei presidenti di sezione e del Presidente che, individuato dal ministro, senza passaggio dal Consiglio dei ministri, è nominato con decreto del Presidente della Repubblica, si espone ad alcune critiche sulla presunta piena autonomia funzionale ed organizzativa del Consiglio superiore e, soprattutto, sulla sua dichiarata indipendenza di giudizio e valutazione².

² A norma dell'art. 3, 2° comma del d.P.R. 2014 del 2006 tra i componenti effettivi, al numero non inferiore a venti, scelti tra i *dirigenti di seconda fascia del Ministero* si aggiungono *diciannove dirigenti*, di cui diciassette con funzioni di "dirigente di uffici dirigenziali generali in servizio presso le amministrazioni dello Stato, *designati dal Presidente del Consiglio dei ministri e dai rispettivi ministri*, dei quali quattro appartenenti al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, uno appartenente, rispettivamente, alla presidenza del Consiglio dei ministri, ai Ministeri degli affari esteri, dell'interno, della giustizia, dell'economia e delle finanze, delle attività produttive, per le politiche agricole e forestali, dell'ambiente e della tutela del territorio, delle comunicazioni, della salute, dell'istruzione, dell'università e della ricerca, per i beni e le attività culturali, e un rappresentante del ministro per gli affari regionali, nonché due ufficiali generali o gradi corrispondenti appartenenti al Ministero della difesa".

A questi membri si aggiungono componenti dotati senz'altro di autentica indipendenza di giudizio: tre consiglieri di Stato, tre consiglieri della Corte dei conti e tre avvocati dello Stato designati, rispettivamente, dal Presidente del Consiglio di Stato, dal Presidente della Corte dei conti e dall'Avvocato generale dello Stato.

Ancora, cinque consiglieri sono designati dalla Conferenza unificata ed uno dal Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, "tra soggetti in possesso di specifiche qualità tecniche, corrispondenti alla importanza ed alla delicatezza delle funzioni del Consiglio superiore"; tre componenti sono designati dagli ordini professionali, "di cui uno designato dall'ordine professionale degli ingegneri, uno designato dall'ordine professionale degli architetti ed uno designato dall'ordine professionale dei geologi"; diciotto membri esperti sono *scelti dal Presidente* del Consiglio superiore fra "docenti universitari ordinari di chiara ed acclarata competenza" nelle materie relative alle competenze del Consiglio superiore nonché in materie economiche.

Sono, invece componenti di diritto del Consiglio superiore, *in ragione del loro ufficio*: "a) i (due) capi dipartimento del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; b) il direttore generale del Servizio integrato infrastrutture e trasporti competente per il Lazio, l'Abruzzo e la Sardegna; c) i direttori di settore dei Servizi integrati infrastrutture e trasporti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; d) il capo dipartimento della protezione civile; e) il capo dipartimento dei vigili del fuoco, del soccorso pubblico e della difesa civile del Ministero dell'interno; f) il dirigente generale, capo del Corpo nazionale dei vigili del fuoco; g) il direttore dell'Agenzia del territorio; (la lettera h) ove si annoverava il direttore dell'Agenzia del demanio, è stata soppressa dal d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214-); i) il direttore generale dei lavori e del demanio del Ministero della difesa; l) il direttore dell'Istituto idrografico della Marina; m) il direttore generale per i beni

Il Consiglio superiore svolge rilevanti funzioni consultive, prevalentemente nella specie delle verifiche tecniche, esprimendo pareri di carattere obbligatorio sui “progetti definitivi di lavori pubblici di competenza statale, o comunque finanziati per almeno il 50 per cento dallo Stato, di importo superiore a 50 milioni di euro” e pareri facoltativi sui progetti di pari importo “delle altre stazioni appaltanti che siano pubbliche amministrazioni”. Per i lavori pubblici di importo inferiore a 50 milioni di euro si esprimono i comitati tecnici istituiti presso i provveditorati interregionali per le opere pubbliche, salvo che il provveditore sottoponga, “con motivata relazione illustrativa” il lavoro pubblico che presenti elementi di particolare rilevanza tecnica al parere del Consiglio superiore (art. 215, 3° comma, d.lgs. n. 50 del 2016). Il Consiglio superiore si esprime nel termine di 45 giorni dalla trasmissione del progetto e in mancanza di espressione del parere, il progetto si ritiene assentito.

Le competenze del Consiglio superiore possono subire un ampliamento ove, con d.P.R., su proposta del ministro delle infrastrutture e dei trasporti e previa deliberazione del Consiglio dei ministri, siano attribuiti “nuovi poteri consultivi su materie identiche o affini a quelle già di competenza del Consiglio medesimo” (2° comma).

Nell'analizzare la composizione e le competenze del Consiglio superiore appare evidente come la neutralità delle funzioni consultive che esso svolge in settori nevralgici per l'economia dello Stato sia messa in crisi dalla sua stessa composizione che vede una stragrande maggioranza di dipendenti pubblici (dirigenti di seconda fascia), peraltro individuati dal ministro, e la presenza di altrettanti dirigenti incardinati presso le amministrazioni dello Stato. Si osserva la presenza di componenti giuristi di indipendenza ed assoluta competenza (nove tecnici tra consiglieri di Stato, della Corte dei conti e dell'Avvocatura dello Stato).

Inoltre, quella di ben *venticinque esperti tecnici*, tra i quali cinque consiglieri «in possesso di specifiche qualità tecniche» designati dalla Conferenza unificata, uno dal CNEL, un ingegnere, un architetto ed un geologo designati dai rispettivi consigli dell'ordine; gli ultimi diciotto sono certamente esperti qualificati in quanto professori universitari ordinari di chiara ed acclarata competenza nelle materie “proprie” del Consiglio superiore o nelle materie

architettonici ed il paesaggio del Ministero per i beni e le attività culturali; n) il direttore generale per i beni archeologici del Ministero per i beni e le attività culturali; o) il direttore generale per l'architettura e l'arte contemporanea del Ministero per i beni e le attività culturali; p) il direttore generale per le politiche strutturali e lo sviluppo rurale del Ministero delle politiche agricole e forestali; q) il direttore generale per la salvaguardia ambientale del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio; r) il direttore generale per la difesa del suolo del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio; s) il direttore generale dell'Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici; t) il direttore dell'Agenzia interregionale per il Po” (art. 3, comma 4, d. P.R. 2014 del 2006).

economiche, tuttavia nominati, con scelta esclusiva, dal presidente del Consiglio superiore.

Tre gruppi di diciotto esperti, tra giuristi, economisti e tecnici ciascuno: ma il primo ed il secondo certamente del tutto indipendenti dal Governo nella nomina, il terzo, invece, fiduciario del presidente del Consiglio superiore anche se scelti tra professori ordinari di ingegneria competenti in materia.

Infine, diciannove dirigenti generali dello Stato, indubbiamente ben scelti quanto a competenza tecnica, sono però designati come componenti di diritto del Consiglio in ragione della carica rivestita, dunque rispondono del loro ambiente tecnico e politico: la misura del *mixage* è diversa tra il capo del dipartimento dei VV.FF., del soccorso pubblico e della difesa civile del Ministero dell'interno, da una parte, e, ad esempio, i due capi dipartimento del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, dall'altro, ma certamente i problemi dell'indipendenza dal potere non sono punto risolti.

Nel complesso, valutati per l'indipendenza derivante dalla nomina, i componenti di diritto legati interamente all'amministrazione sono trentanove, il primo e l'ultimo gruppo.

La composizione del Consiglio nel numero di settantasei membri ne garantisce il funzionamento a fronte del numero degli incarichi diversi da espletare nelle singole sezioni; inoltre, non può trascurarsi la considerazione della peculiarità dell'oggetto della funzione amministrativa che il Consiglio svolge.

Si tratta di accertamenti tecnici dai quali scaturisce un parere obbligatorio indirizzato all'amministrazione attiva, prevalentemente -almeno quanto all'onere delle opere progettate- quella dello stesso Ministero, sede del Consiglio, delle infrastrutture e dei trasporti.

Le strutture che ricevono il parere sono indubbiamente condizionate dal suo contenuto tecnico-ingegneristico e geologico o architettonico, in quanto superare una prescrizione, una cautela tecnica (si pensi all'edilizia sismica) individuata dal Consiglio superiore all'interno della progettazione approvata, equivarrebbe a rischiare il traumatico fallimento dell'opera pubblica a realizzarsi, con assunzione dell'intera responsabilità penale, civile e disciplinare in caso di evento luttuoso.

Sono queste le condizioni nelle quali i settantasei protagonisti di tutte le opere pubbliche nazionali e talvolta regionali, metropolitane e comunali approvano progettazioni espresse da altri tecnici.

In realtà, il Consiglio opera in un campo di per sé impermeabile ad influenze esterne idonee a condizionare il rispetto delle regole dell'arte, salva soltanto l'eventuale scelta della quantità del costo dell'opera, in quanto condizionata dalla provvista finanziaria, che a sua volta nella sua commisurazione risente di una scelta politica.

La natura consultiva della funzione amministrativa esercitata dal Consiglio superiore consente di rilevare -anzitutto sul piano formale, in quanto all'approvazione del progetto seguirà la sua realizzazione ad opera di altri organi

pubblici- la coincidente assenza di *mission*, che caratterizza la funzione amministrativa neutrale.

In realtà, il ruolo del Consiglio superiore è protagonista, ma l'interesse connesso all'opera pubblica si realizza senza la sua finale partecipazione.

All'inadeguata -quanto ad indipendenza- composizione del grande Collegio fanno da contrappeso, dunque, due aspetti ulteriori: la tecnicità delle scelte, che concede ben scarso spazio ad un condizionamento esterno, salvo che per la provvista finanziaria, che tuttavia esula dal fulcro della disamina del Collegio.

In secondo luogo, l'approvazione del progetto non raggiunge alcuno scopo di benessere per i cittadini, ma rappresenta un atto interno, se pur quanto mai rilevante, al procedimento che condurrà, con l'intervento di altri organi pubblici, alla realizzazione del risultato.

Neutralità parziale, dunque, ma certamente presente.

2. *La neutralità dei dirigenti pubblici. Le authorities*

Non è priva di interesse la ricerca di tratti di neutralità nell'analisi della posizione funzionale riservata dall'ordinamento derivato, più precisamente in sede di organizzazione amministrativa, ai dirigenti pubblici³.

³ Nella ricerca assumono senz'altro un ruolo utile, suggerendo alcuni spunti di riflessione, le notazioni espresse dalla Commissione speciale per gli atti normativi del Consiglio di Stato sui decreti attuativi della legge Madia 7 agosto 2015, n. 124: nel parere del 14 ottobre 2016, n. 2113 sullo schema di d.lgs. per la disciplina della dirigenza pubblica, ad esempio, si esprimono perplessità anche in ordine alla composizione della Commissione per la dirigenza, cui lo schema di decreto assegna delicate funzioni di garanzia che presiedono all'intero procedimento di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali. In particolare, da un lato si rileva come alcuni componenti non siano del tutto indipendenti dagli organi politici; dall'altro, si evidenzia che la Commissione stessa, per come è costituita, non è grado di assicurare un impegno a tempo pieno dei suoi membri nell'espletamento delle delicate funzioni ad essi assegnate.

Nel parere (positivo) espresso, invece, dalla I Commissione permanente della Camera dei deputati, il 9 novembre 2016, tenuto conto del parere del Consiglio di Stato, si legge che, in conformità alle disposizioni contenute nella delega, l'istituzione -“al fine di valorizzare la trasparenza, il buon funzionamento e l'imparzialità nell'attribuzione degli incarichi dirigenziali”, sottolinea la I Commissione permanente- di tre Commissioni per la dirigenza pubblica (quella per la dirigenza statale -sulla quale v. *infra* nel testo di questo paragrafo-, quella per la dirigenza regionale, e quella per la dirigenza locale) è stata apprezzata “nel corso delle audizioni svolte dalla Commissione Affari costituzionali, nonché nel parere del Consiglio di Stato”, ove “è stato più volte messo in evidenza il ruolo di primaria importanza ad esse attribuito nell'ambito del complessivo disegno riformatore per assicurare il funzionamento dei meccanismi che presiedono al nuovo sistema della dirigenza pubblica”. Peraltro la stessa I Commissione permanente riferisce che “a tali Commissioni la riforma attribuisce

Come emerge da una ricerca ancor utile, è ormai *opinio communis* in dottrina che la nuova posizione della dirigenza pubblica postula una particolare attenzione affinché ogni trasformazione degli assetti di potere in atto sia protetta dalle “interferenze/influenze riconducibili alla soggettività del funzionario, e che di conseguenza la sua *neutralizzazione* è utile (necessaria) a proteggere l’esercizio della funzione dall’influenza del (la soggettività del) funzionario”⁴.

funzioni di estremo rilievo in tutte le fasi nevralgiche del nuovo sistema, da quella iniziale fino al momento della cessazione dell’incarico, con la finalità di assicurare che la relazione tra politica e amministrazione rimanga nella logica della differenziazione di funzioni coordinate, e non in quella della commistione di compiti politici e gestionali”. La I Commissione permanente rileva, peraltro, come “la Corte costituzionale ha più volte sottolineato come gli articoli 97 e 98 della Costituzione costituiscano corollari del principio di imparzialità, sottolineando in particolare l’importanza della distinzione «tra l’azione di governo - normalmente legata agli interessi di una parte politica espressione delle forze di maggioranza - e l’azione dell’amministrazione che nell’attuazione dell’indirizzo politico della maggioranza, è vincolata, invece, ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate nell’ordinamento», ed evidenziando in tale quadro la rilevanza del fatto che il rapporto di lavoro dirigenziale sia «circondato da garanzie» (sentenze n. 453 del 1990 e n. 104 del 2007 n. 104 del 2007)”.

Il Consiglio di Stato ha infine posto in rilievo come la riforma sia priva, per previsione della legge delega, di nuovi sistemi di valutazione della dirigenza, la cui mancanza rischia di compromettere la funzionalità dell’intero impianto, nonché dei principi per la fissazione degli obiettivi da parte dell’autorità politica. Con riferimento ad entrambi questi aspetti è apparso evidente alla Commissione speciale che senza la concomitante adozione di norme sugli obiettivi e sulla valutazione, è impossibile che gli altri aspetti della riforma della dirigenza possano coerentemente funzionare.

⁴ Cfr. B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Santarcangelo di Romagna 2012, p. 151 - 153. Si tratta, secondo l’a., di “proteggere la funzione dai condizionamenti derivanti dalla soggettività o dalla politicità del funzionario, e *non di tutelare quest’ultimo*. Una prospettiva perfettamente comprensibile, dal momento che in quel modello le *scelte* concretamente operate vengono riportate alla legge o al decisore politico (in ragione della sua legittimazione democratica, in base al meccanismo della responsabilità politica); di conseguenza, *nessuno spazio* viene riconosciuto (in termini di innovazione/integrazione della scelta) al funzionario (alla sua volontà, alle sue determinazioni soggettive), ed anzi tale spazio viene *esplicitamente negato*. Questa prospettiva si riverbera anche sulla nozione di imparzialità e sul contributo (in questo senso) del funzionario *neutralizzato* (...). Il compito del funzionario è quello di *conoscere* l’ordinamento positivo (nonché la *prassi* quale momento di emersione di una regolarità nell’esercizio del potere) e di coadiuvare l’organo-decisore politico indicando i *limiti* entro i quali è possibile operare la scelta. La *neutralità*, in termini di *servizio fedele* (a prescindere dalla provenienza e dalla direzione dell’indirizzo politico) si traduce, in termini di *imparzialità*, nell’ausilio prestato ai fini del rispetto della legalità nell’esercizio del potere amministrativo (o

In questa ricostruzione è dunque la funzione amministrativa a dover essere difesa dalle scelte soggettive del dirigente e per questo motivo si impone il collocamento di quest'ultimo in una posizione di vera e propria neutralità: ma, come ha rilevato una dottrina particolarmente affidabile in questa materia, il funzionario è protetto dall'influenza condizionante degli organi politici, affinché la sua gestione della cosa pubblica non risenta della scelta politica che gli sia stata in modo diretto o indiretto imposta -in violazione di legge, beninteso- alterandone il contenuto e, si potrebbe aggiungere, ponendo in crisi la stessa funzione pubblica tendente ad assicurare il benessere per i cittadini⁵.

La prospettazione, del tutto corretta e -si direbbe- sagace dal punto di vista istituzionale, è tuttavia contrastata da chi, privilegiando l'osservazione del rapporto tra politica e uffici amministrativi sul piano funzionale, rileva che l'autonomia è insita nell'ipotesi stessa di neutralità politica della burocrazia, siffatta neutralità apparendo "da un lato come *disponibilità*, dall'altro come autonomia dalle forze politiche".

Infatti, osserva questa dottrina: "particolarmente significativo è, ad esempio, che, in nome dello stesso principio, si possa sostenere l'imparzialità della burocrazia anche di fronte alle forze politiche dominanti, o invece negare assolutamente che possa porsi in posizione di equidistanza tra il Governo e l'opposizione dati i suoi legami col primo, qualunque partito esso rappresenti"⁶.

Il dibattito sulla neutralità degli uffici amministrativi e pubblici in generale, dunque, impostato su piani non facilmente avvicinabili, assume connotati più problematici quando tra gli uffici in discussione vengono annoverate le autorità amministrative indipendenti: se ne tratterà *infra*, mentre qui è possibile soltanto osservare che la diffidenza della politica verso le autorità indipendenti, atteggiamento mai superato anche se ormai con la consapevolezza

nella sua declinazione della funzione amministrativa), secondo una prospettiva nella quale -peraltro- non è nemmeno chiaro il tratto distintivo rispetto al canone del buon andamento".

⁵ Cfr. F. MERLONI, *Amministrazione "neutrale" e amministrazione imparziale*, in *Dir. pubbl.* 1997, n.2, p. 353; Id., *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale, il modello italiano in Europa*, Bologna 2006. Su questi temi si vedano gli studi di P. CHIRULLI, *Dirigenza (riforma della)*, voce dell'*Enc. giur. Treccani*, Roma, 2001; Id., *Dirigenza pubblica (nuova riforma della)*, voce dell'*Enc. giur. Treccani*, Roma, 2003; Id., *Incarichi dirigenziali e giurisdizione: una decisione prudentemente "minimalista"*, nota a Corte cost., 23 luglio 2001, n. 275, in *Giur. Cost.*, 2001, 2315; Id., *Il rapporto tra politica e amministrazione nelle fondazioni c.d. pubbliche: un matrimonio di pura convenienza*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., vol. I, p. 103 ss. Si vedano anche i contributi contenuti in S. Battini, L. Fiorentino, L. Casini (a cura di), *Venti anni di "politica e amministrazione" in Italia*, IRPA working paper 2014.

⁶ Cfr. L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova 1974, p. 88.

dell'indispensabilità della maggior parte di esse, ha condizionato ogni, pur possibile, approfondimento in ordine alle tematiche della neutralità -indipendenza- imparzialità delle singole *figurae*.

L'AGCM che irroga una multa pesante all'impresa principale del presidente del Consiglio in carica, dimostra indipendenza oltre che imparzialità: ma altri episodi, anche di altre autorità non sono orientati nella stessa direzione.

È vano, pertanto, contrastare l'idea che le autorità amministrative indipendenti non esercitino, almeno in parte significativa, funzioni amministrative neutrali: per la ragione di base che esse hanno una *mission* abbastanza individuabile nei suoi aspetti finalistici generali come in specifiche -anche se non numerose- disposizioni di legge che volta a volta tendono proprio a garantire il risultato dell'attività finalizzata, nell'indipendenza e nell'imparzialità, ma assai raramente lasciando trasparire qualche faccia della neutralità, pur presente almeno in parte nel *suum* di questa figura giuridica⁷.

Infine, non può trascurarsi almeno un cenno alla teoria dell'energia giuridica prodotta dalla norma di diritto positivo che, secondo la posizione più ricevuta in dottrina, è ispirata dall'intento di *neutralizzare* il potere amministrativo: se è vero che questo in tanto è giuridico in quanto derivi da una norma, il fatto che se ne pregiudichi la neutralizzazione va inteso, nelle impostazioni di autorevole dottrina, nel senso che l'amministrazione non può volere altro che ciò che vuole la norma.

Non può negarsi che la norma attributiva del potere contenga in sé la considerazione degli effetti ultimi derivanti da siffatta attribuzione, cioè della trasformazione di quel potere, energia dinamicamente fuoriuscita dalla norma, nel momento storico dell'emanazione dell'atto amministrativo, ben più statico di quello proprio del potere tanto da esser definito "puntuale" e produttivo di effetti giuridici ed economico-sociali nel concreto, effetti nella sfera giuridica del destinatario dell'esercizio dello specifico potere conferito scientemente dall'ordinamento giuridico all'organo o al soggetto amministrativo.

Ma la neutralizzazione del potere ben poco ha a che fare con l'esercizio di funzione neutrale; è vero che Feliciano Benvenuti configura il compito

⁷ Sulla prospettiva specifica, cfr. le impostazioni critiche di G. GIRAUDI e M. S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma-Bari, 2001 ed, anzitutto, N. LONGOBARDI, *Le "amministrazioni indipendenti": profili introduttivi*, in *Scritti Nigro*, II, Milano, 1996, p. 173; F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle cosiddette autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. dir.*, 1997, p. 639; Id., *Amministrazione "neutrale" e amministrazione imparziale*, cit., loc. cit.; G. AZZARITI, *Modelli di amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Scritti Guarino*, Padova, 1998; F. MERUSI e M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003.

dell'organo amministrativo in termini di esclusione di una volizione vera e propria, bensì di cognizione interpretativa dell'ordinamento che è il suo "autore": «la funzione amministrativa, che cospira alla riduzione del potere in atto, consiste nella manifestazione della volontà (nel caso concreto) del (già) voluto (dalla norma) dal momento che l'unico potere (in grado di operare la scelta tra interessi) è quello normativo»⁸.

Neutralizzare il potere amministrativo privandolo di un suo autonomo *velle* nell'attività che gli spetta, il più delle volte, svolgere in forma procedimentalizzata significa, tuttavia, chiudere i conti con la teoria della discrezionalità amministrativa come forma di innovativa volizione di effetti previsti dall'organo amministrativo, non certo che a questo debba riconoscersi il compito di esercitare funzioni amministrative neutrali, nel senso di funzioni prive di un collegamento necessario ad una specifica finalità nei confronti dei cittadini, prive cioè di *mission*.

Rispetto a quella di amministrazione c.d. attiva, nessun'altra funzione è più lontana dalla neutralità: anche se "neutralizzata" in favore della norma, la funzione amministrativa attiva è per sua natura dotata di una specifica attribuzione di potere, conseguentemente di un compito preciso che può consistere nell'attribuzione di vantaggi e nella loro negazione e che, pertanto, si svolge in un ambiente lontano da quello che caratterizza la funzione amministrativa neutrale.

Di fronte alla sintesi di una sistemazione dogmatica di concetti fondamentali per l'organizzazione degli uffici pubblici, si prospetta una norma di

⁸ Nella sintesi della teoria monista-normativa che si deve -negli aspetti aventi riferimento al rapporto di lavoro pubblico- alla ricostruzione di B. PONTI, *L'indipendenza del dirigente*, cit., p. 199-208 si citano: Donato Donati, Giovanni Miele, e successivamente Feliciano Benvenuti, Giorgio Berti, Franco Bassi, Giorgio Pastori; più di recente, per molti aspetti, S. Civitarese Matteucci e G. Di Gaspare; e si raggiungono le teorie concernenti la posizione del funzionario pubblico di G. BERTI che, non per caso, nel suo Commento agli artt. 113 e 103, 1 e 2 co., in *Commento alla Costituzione*, Bologna, 1994, sottolinea l'indipendenza dell'amministrazione come oggetto di «una corrispondenza precisa e quasi assoluta tra l'indipendenza dell'amministrazione dal potere politico e la difesa dei diritti sociali e individuali. Potere politico e imparzialità amministrativa non sono termini che si conciliano. Anzi, potere politico assente vuol dire indipendenza dell'amministrazione e quindi imparzialità, e quindi ancora attuazione dell'art. 97 Cost. Giudice e funzionario amministrativo risultano così fortemente apparentati: la discrezionalità amministrativa è sostanzialmente ricondotta nelle categorie dell'interpretazione giuridica e la burocrazia dovrebbe conseguentemente assumere le vesti di un corpo di legisti, ossia 'personale applicato a conoscere le leggi' (cfr. su ciò anzitutto F. BENVENUTI, *La riorganizzazione del pubblico impiego*, in *Il politico*, 1962, 348)». V. Corte cost., 25 novembre 2016 n. 251.

Cfr., inoltre, F. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit.

riforma della dirigenza pubblica⁹ scritta in formulazione definitiva dal Go-

⁹ Lo schema di d.lgs. sulla riforma della pubblica amministrazione, richiedeva, in realtà una disciplina piuttosto “elaborata” -come l’ha definita G. CORSO, *La riorganizzazione della p.a. nella legge Madia: a survey, cit.*- che non ha agevolato l’approvazione definitiva del testo del d.lgs. sulla dirigenza pubblica. Infatti, ricorda l’a. nel commentare la complessità della legge Madia, essa opera su tre differenti piani: quello della delega, quello della immediata operatività delle disposizioni (artt. 3, 5, 6) quindi come “legge ordinaria immediatamente efficace”; nonché quello della delegificazione (attraverso l’art. 4 che rinvia al regolamento *ex art.* 17, c. 2, L. n. 400/1988). In particolare i d.lgs. sulla dirigenza pubblica, rimarca Corso, dovrebbero dettare nel dettaglio una disciplina assai elaborata che preveda: “A) Un ruolo unico dei dirigenti (con la soppressione della distinzione in due fasce), un ruolo unico dei dirigenti regionali (che include anche i dirigenti delle Camere di commercio nonché i dirigenti amministrativi, professionali e tecnici del SSN), un ruolo unico dei dirigenti degli enti locali (del quale non fanno parte i segretari comunali la cui figura è soppressa). Tre ruoli tra i quali è prevista una “piena mobilità”, la possibilità, cioè, del passaggio da un ruolo all’altro.

B) Accesso alla dirigenza per corso-concorso (per un numero di posti fisso) e per concorso (per un minimo di posti variabile, vacanti in organico e non coperti dal corso-concorso): un’assunzione a tempo determinato suscettibile di convertirsi in rapporto a tempo indeterminato dopo un triennio, previo esame di conferma da parte di un organismo indipendente. Se l’esame non viene superato, il rapporto è risolto o l’interessato è inquadrato nella qualifica (inferiore) di funzionario;

C) Per ciascuno dei tre ruoli sono previsti un corso-concorso unico e un concorso unico con cadenza annuale (lett. c), nn. 1 e 2): il che sembra escludere che la singola regione o il singolo comune possa indire un concorso per il reclutamento del proprio personale. Il fabbisogno va colmato attingendo ai vincitori del concorso o del corso-concorso nazionale. Se questo criterio direttivo fosse seguito alla lettera dal legislatore delegato, il potere di autorganizzazione degli enti territoriali verrebbe drasticamente ridotto, con ovvi problemi di compatibilità costituzionale;

D) La mobilità della dirigenza è prevista non soltanto all’interno di ciascun ruolo e tra un ruolo e l’altro, ma anche tra amministrazioni pubbliche e il settore privato (“semplificazione e ampliamento” dei casi ammessi, comma 1, lett. b);

E) Gli incarichi ai dirigenti vanno conferiti “mediante procedura comparativa con avviso pubblico”. Se riguardano uffici di vertice, essi sono assegnati a seguito di una fase di “preselezione di un numero predeterminato di candidati in possesso dei requisiti richiesti”, curato dalla Commissione per la dirigenza (una per ciascun ruolo), comma 1, lett. g);

F) Gli incarichi dirigenziali durano quattro anni, sono rinnovabili per la stessa durata previa partecipazione alla procedura selettiva di avviso pubblico. La procedura non è necessaria se il rinnovo è limitato a un biennio (e per una sola volta) purché l’atto sia motivato e il dirigente abbia ottenuto una valutazione positiva. Gli incarichi possono essere revocati *ante tempus*, anche per mancato raggiungimento degli obiettivi, purché siano predeterminati presupposti oggetti vie relativa procedura;

G) Nelle aziende sanitarie gli incarichi di direttore generale sono conferiti dalle regioni attingendo ad una lista di idonei formata in base ad una selezione unica per

verno¹⁰, dopo le modifiche suggerite dalla stessa relatrice del disegno nella Commissione competente dalla Camera dei deputati, soprattutto in materia di “eccessiva stabilità del ruolo” dei dirigenti. Lo schema di d.lgs. è attualmente decaduto, ma si ritiene che possa essere riproposto con le modifiche promosse, nonché con le modifiche e integrazioni, anche procedurali, suggerite dal Consiglio di Stato nel parere n. 83/2017, espresso nell’adunanza della Commissione speciale del 9 gennaio 2017 (sul quale v. la nota 186), su quesito dell’Ufficio legislativo del ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, in ordine agli sugli adempimenti da compiere a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 25 novembre 2016 (sulla quale v. le note 185 e 186).

Si tratta di una delle riforme annunciate nella nota “legge Madia”, 7 agosto 2015, n. 124¹¹, che all’art. 17 contiene una delega al Governo corredata da

titoli da una commissione nazionale e aggiornata con cadenza biennale; mentre gli incarichi di direttore amministrativo e di direttore sanitario delle ASL sono conferiti dai direttori generali attingendo ad un elenco regionale di idonei formato in base ad una selezione per titoli e colloquio da un commissione regionale (comma 1, lett. p).

Il carattere fiduciario della nomina del direttore amministrativo e del direttore sanitario quale previsto dall’art. 3, co. 1-quinquies del d.lgs. n. 502/1992, viene quindi delimitato dalla esistenza di una lista di idonei nell’ambito della quale effettuare la scelta.

H) Collocata al di fuori dell’art. 11 è infine un’importante disposizione che prevede “l’esclusiva imputabilità agli stessi (dirigenti) della responsabilità amministrativo-contabile per l’attività gestionale”, in applicazione del “principio di separazione tra indirizzo politico-amministrativo e gestione” (art. 17, co. 1 lett. t”).

¹⁰ È forse sufficiente leggere le cento pagine di parere espresso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato sullo schema di d.lgs. sulla dirigenza pubblica per avere un’idea della complessità della disciplina che il settore richiede, disciplina che deve essere accompagnata dalla volontà di creare una netta separazione tra politica e amministrazione. Conclude infatti la Commissione speciale sullo schema, ormai decaduto, di d.lgs. nel parere 2113 del 2016, *cit.*: “La riforma della dirigenza all’esame del Consiglio di Stato inserisce nel sistema elementi di forte innovatività attraverso il potenziamento della mobilità nel conferimento degli incarichi e l’ampliamento del “mercato” in cui si potranno muovere i futuri dirigenti.

È però necessario che a questa spinta innovativa corrisponda un complesso di regole puntuali e trasparenti in grado di circondare il rapporto dirigenziale di adeguate garanzie nelle fasi, di maggiore delicatezza nella costruzione della relazione tra politica e amministrazione, costituite dal momento iniziale di conferimento degli incarichi e da quello finale di cessazione del rapporto.

Le regole che il Governo ha previsto dovranno essere corrette mediante il loro adeguamento a quanto indicato nel presente parere per consentire che si costruisca una classe dirigente in grado di far fronte, con competenza e imparzialità, alle sfide future cui il nostro Paese è chiamato”.

¹¹ Sulla riforma elaborata dal ministro Madia sono stati espressi numerosissimi commenti di diverso tenore. Sia consentito qui rinviare soltanto ad alcuni di questi,

talune garanzie nella direzione della neutralità all'interno della struttura buro-

per i temi che più da vicino interessano questo studio: cfr. G. VESPERINI, *Le norme generali sulla semplificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2015, 629 ss.; M. TRAVAGLINI, A. ALVARO, F. FEDERICO, *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Ministero dell'Interno, Quaderni del Viminale*, ottobre 2015; N. LONGOBARDI, *La legge n. 124 del 2015: i procedimenti amministrativi e il problema della semplificazione*, in *www.giustamm.it*, 4/2016. Nel senso che l'intreccio della semplificazione con altri temi -tra i quali la liberalizzazione-collocherebbe, secondo uno dei suoi redattori, questo intervento, a differenza delle riforme settoriali dell'ultimo quindicennio, su un piano analogo a quello del processo riformatore degli anni Novanta: B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2015, 621 ss., che conferma pure come molte delle norme della legge "hanno un'ispirazione liberale, essendo volte a ridurre il peso (burocratico e fiscale) dell'amministrazione sull'attività dei privati". Perplesità sulla capacità della l. n. 124/2015 di produrre un "passaggio di sistema" e rilievi sulla "moderata valenza riformatrice" della stessa sono espresse da S. STAIANO, *Rapsodia legislativa*, in *www.federalismi.it*, 20/2015, rilevando in particolare come la "precedenza logica" dell'analisi delle funzioni e della ricostruzione dei procedimenti rispetto alla conformazione dell'istituto affidata al legislatore delegato in ragione della complessità del procedimento, sia sconfessata dalla "precedenza cronologica" - che nei fatti si produrrà - del decreto legislativo recante la disciplina della conferenza di servizi rispetto all'analisi delle funzioni che avrebbe dovuto costituire il fondamento. In particolare, sulla conferenza di servizi v. d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127, recante "Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124" e cfr., da ultimo, S. BATTINI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Roma, 2016; A. CIMELLARO, A. FERRUTTI, *La nuova conferenza di servizi*, Rimini, 2016; E. SCOTTI, *La conferenza di servizi, Commento agli artt. 14-14 quinquies*, in Alb. Romano, *L'azione amministrativa*, cit., p. 451 ss.

La legge 124/2015 è stata, peraltro, dichiarata incostituzionale con sentenza della Corte cost. 25 novembre 2016, n. 251 in quelle parti delle norme di cui agli artt. 11, 1° e 2° comma, 17, 18 e 19, in cui si prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata o Conferenza Stato-regioni. Nell'evidenziare opportunamente l'importanza dell'intesa, affatto fungibile con il parere che potrebbe essere disatteso in ogni momento dall'amministrazione competente, la Corte ha evidenziato che l'esigenza "di coinvolgere adeguatamente le regioni e gli enti locali nella forma dell'intesa è stata riconosciuta anche nella diversa ipotesi della attrazione in sussidiarietà della funzione legislativa allo Stato, in vista dell'urgenza di soddisfare esigenze unitarie, economicamente rilevanti, oltre che connesse all'esercizio della funzione amministrativa. In tal caso, l'esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale -e giustificare la deroga al riparto di competenze contenuto nel Titolo V- «solo in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà»".

cratica, con particolare riferimento alla composizione della cennata speciale Commissione (permanente) degli *esperti* incaricati di valutare l'assegnazione degli incarichi dirigenziali, ad istituirsi -quanto allo Stato- presso il dipartimento della Funzione pubblica, nonché presso regioni, città metropolitane e comuni¹². In particolare, è previsto che operi la Commissione, costituita en-

D'altronde, sottolinea la redattrice Sciarra, “questa Corte ha individuato nel sistema delle conferenze «il principale strumento che consente alle regioni di avere un ruolo nella determinazione del contenuto di taluni atti legislativi statali che incidono su materie di competenza regionale» (sentenza n. 401 del 2007) e «[una] delle sedi più qualificate per l'elaborazione di regole destinate ad integrare il parametro della leale collaborazione» (sentenza n. 31 del 2006). In armonia con tali indicazioni, l'evoluzione impressa al sistema delle conferenze finisce con il rivelare una “fisiologica attitudine dello Stato alla consultazione delle regioni e si coniuga con il riconoscimento, ripetutamente operato da questa Corte, dell'intesa in sede di Conferenza unificata, quale strumento idoneo a realizzare la leale collaborazione tra lo Stato e le autonomie” (*ex plurimis*, sentenze n. 88 del 2014, n. 297 e n. 163 del 2012), «qualora non siano coinvolti interessi esclusivamente e individualmente imputabili al singolo ente autonomo» (sentenza n. 1 del 2016). Inserite in questo quadro evolutivo, le procedure di consultazione devono «prevedere meccanismi per il superamento delle divergenze, basati sulla reiterazione delle trattative o su specifici strumenti di mediazione» (sentenza n. 1 del 2016; nello stesso senso, sentenza n. 121 del 2010). Non si prefigura una «drastica previsione, in caso di mancata intesa, della decisività della volontà di una sola delle parti, la quale riduce all'espressione di un parere il ruolo dell'altra» (sentenza n. 24 del 2007). La reiterazione delle trattative, al fine di raggiungere un esito consensuale (*ex plurimis*, sentenze n. 121 del 2010, n. 24 del 2007, n. 339 del 2005), non comporta in alcun modo che lo Stato abdichi al suo ruolo di decisore, nell'ipotesi in cui le strategie concertative abbiano esito negativo e non conducano a un accordo (sentenze n. 7 del 2016, n. 179 del 2012, n. 165 del 2011; in generale, con riferimento al «principio dell'accordo» (sentenza n. 19 del 2015)”. Sicché il legislatore delegante è tenuto a prevedere le scansioni procedurali del decreto delegato necessarie a consentire forme adeguate di interlocuzione regionale.

D'altro canto, la fondamentale differenza tra gli strumenti di leale collaborazione tra le amministrazioni ed, in particolare, tra pareri della Conferenza unificata e intese espresse dalla Conferenza Stato-regioni era già stata evidenziata dalla Corte costituzionale nella giurisprudenza degli anni 2009-2011; si veda, in proposito, la ricostruzione di A. DANESI, *La Corte costituzionale alle prese con una nuova declinazione del principio di leale collaborazione: la collaborazione “irrituale”*, in *Giur. it.*, n. 6/2011 e, più di recente, A. POGGI, G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto. Nota alla sentenza n. 251/2016*, in www.federalismi.it, n. 26/2016.

¹² V'è da evidenziare, sulla sentenza della Corte cost. n. 251 del 2016, la singolare scelta della Consulta di circoscrivere gli effetti giuridici della declaratoria di incostituzionalità, facendo salvi gli effetti dei decreti delegati già entrati in vigore al tempo della sua pronuncia di illegittimità (il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 sulle società partecipate, il d.lgs. 20 giugno 2016, n. 116 di modifica della disciplina sui

cd. licenziamenti disciplinari nella p.a. e il d.lgs. 4 agosto 2016, n. 171, in materia di dirigenza medica e sanitaria), ciascuno dei quali potrà essere eventualmente soggetto a sindacato per via incidentale con ordinanza di rimessione, per quelle disposizioni che incidono sugli ambiti riconducibili alle competenze regionali.

Proprio al fine di evitare siffatte impugnative la Corte ha esortato il Governo ad intervenire con una soluzione correttiva mediante uno o più decreti legislativi correttivi per la sanatoria di quelli adottati sulla base della legge-delega dichiarata incostituzionale nei termini precisati poco sopra.

Senonché il Governo (nella specie il ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione) ha ritenuto opportuno rivolgersi al Consiglio di Stato ponendo un quesito sugli adempimenti da compiere a seguito della pronuncia della Consulta n. 251/2016 e delle esortazioni in essa contenute; in particolare sono state sottoposte al Consiglio di Stato alcune questioni interpretative sull'attuazione di tre decreti legislativi, emanati sulla base della legge 7 agosto 2015, n. 124 e sulla possibilità di "sanare" il difetto procedimentale che affligge a monte la loro approvazione attraverso decreti correttivi.

Anzitutto la Commissione speciale, riunitasi il 9 gennaio 2017, ha tenuto a precisare, nel parere n. 83/2017, che "la richiesta del ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione si inserisce nel solco di «una costante interlocuzione istituzionale (...) proprio attraverso un ricorso sistematico al flessibile strumento dei quesiti» sul funzionamento pratico delle riforme (Comm. spec. n. 1640 del 2016)" e che "le funzioni consultive del Consiglio di Stato sono, in tal modo, «concepite come sostegno *in progress* riferito a una *policy*, a un progetto istituzionale, piuttosto che esclusivamente a singoli provvedimenti individuati».

In secondo luogo, analizzando il tenore del quesito, nonché della sentenza della Consulta, il Consiglio di Stato si è espresso nel senso dell'opportunità di adottare decreti correttivi dei tre decreti delegati già emanati dal governo e, quanto alla procedura di leale collaborazione da seguire per l'adozione dei suddetti decreti correttivi (nonché per l'adozione dei successivi decreti delegati che abbiano ad oggetto le materie investite dalla pronuncia della Consulta), la Commissione speciale di Palazzo Spada ritiene "idonea, ai fini della corretta attuazione della sentenza n. 251, la procedura di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 281 del 1997, integrata con reiterati tentativi di superamento delle eventuali divergenze prima di addivenire alla eventuale deliberazione motivata del Consiglio dei ministri": Inoltre, sottolinea la Commissione speciale che "il decreto correttivo deve non solo rispettare i principi e criteri direttivi della legge delega ma deve anche svolgere una funzione di correzione (o integrazione) del testo legislativo originario, con la conseguenza che non si può estendere ad ambiti differenti da quelli delineati dal primo decreto, per evitare che il nuovo provvedimento si risolva in un esercizio tardivo della delega", sicché, "nel peculiare caso specifico, ... il decreto correttivo dovrebbe dare atto espressamente, nelle 'premesse', della sentenza della Corte e dello svolgimento del procedimento di leale collaborazione, descrivendo in modo adeguato l'oggetto, gli effetti e le modalità di svolgimento dell'intesa"; quindi "l'articolato del decreto dovrebbe testualmente emendare le 'premesse' del decreto originario, che fanno parte integrante di quel *corpus* normativo, con un nuovo 'visto' che inserisca la menzione dell'intesa raggiunta, in modo da esplicitare anche nel testo del decreto gli effetti procedurali sananti il vizio della medesima natura". Infine il

tro 90 gg. dall'entrata in vigore del decreto legislativo, in autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione nell'esercizio delle sue attività di selezione dei candidati ai fini del conferimento degli incarichi dirigenziali generali e di valutazione *ex post* delle scelte effettuate dalle amministrazioni per altri incarichi. Gli incarichi dirigenziali hanno una durata di 4 anni e possono essere rinnovati per altri 2 anni nel caso di valutazione positiva o per il periodo necessario al completamento delle procedure per il conferimento del nuovo incarico. I dirigenti privi di incarico, concluso il mandato, devono partecipare ad almeno 5 interPELLI l'anno; in assenza di incarico il primo anno percepiscono il trattamento economico fondamentale e il secondo anno lo stesso trattamento, decurtato di un terzo. Successivamente il Dipartimento della Funzione pubblica li può collocare d'ufficio in posti vacanti. Il dirigente al quale sia revocato l'incarico per inadempienza ha un anno di tempo per avere un nuovo incarico altrimenti scatta la licenziabilità. Questo, in sintesi, il "territorio" dell'art. 17 della legge Madia.

Senonché nel testo dello schema di decreto delegato, anzi tutta la competenza della Commissione viene circoscritta alle sole predesignazioni dei dirigenti generali; inoltre la sua composizione è visibilmente determinata da fiducia politica, sicché ogni rilievo positivo concernente la norma di delega sembra disperdersi di fronte ad un eccesso di politicizzazione della materia dell'organizzazione degli uffici della pubblica amministrazione che ancora una volta si manifesta in misura cospicua quanto dannosa per la sopravvivenza stessa dell'organizzazione delle istituzioni dello Stato di diritto¹³.

decreto correttivo dovrebbe "contenere le norme correttive e integrative eventualmente definite all'esito della concertazione con le regioni, cioè le (eventuali) modifiche del contenuto del decreto originario", salvo che le regioni approvino in sede di intesa il decreto originario nel suo complesso, limitandosi al solo effetto di sanatoria procedimentale, senza apportarvi alcuna modifica.

¹³ Un Comitato dei dirigenti ha espresso critiche di sistema e contingenti avverso il testo in finale elaborazione: "una riforma farraginosa che arriva in una fase nella quale il Presidente del Consiglio ha programmato gli investimenti con le risorse del fondo sviluppo e coesione pari a 38 miliardi. Ora che di fatto si entra nell'ultimo anno di governo, e che il supporto dei dirigenti pubblici è vitale per avviare gli interventi, si crea uno sconvolgimento che mette a rischio la crescita economica generata dall'impegno pubblico. Insomma manca coerenza del sistema. L'esecutivo da una parte vuole programmare spesa e dall'altro presenta un codice degli appalti con criticità evidenti, riforma le partecipate introducendo norme restrittive per le assunzioni e precarizza la dirigenza. Tre atti -sostiene il Comitato dei dirigenti- che introducono vincoli e laccioli e limitano la capacità operativa delle strutture pubbliche".

È forse opportuno rilevare che, dal canto suo, il Consiglio dell'ANAC ha approvato nella seduta del 3 agosto 2016 le linee guida in materia di accertamento delle incompatibilità e incompatibilità degli incarichi amministrativi da parte del responsabile della prevenzione della corruzione, evidenziando nella relazione illustrativa le ragioni che hanno condotto all'adozione delle linee guida, il cui scopo primario è quello di

3. La funzione neutrale delle commissioni di concorso e di gara ad evidenza pubblica

Un settore assai differente rispetto a quelli analizzati fin qui, ove si può apprezzare lo svolgimento di funzioni neutrali -o almeno di funzioni teleologicamente attribuite come tali dall'ordinamento giuridico- è rintracciabile nelle procedure selettive che interessano i settori più eterogenei del mercato, dei lavori, servizi e delle forniture, nonché dell'impiego pubblico. Le suddette procedure, consistenti in gare ad evidenza pubblica, sono affidate per il loro svolgimento a commissioni giudicatrici composte, in base a norme di legge sempre più precise, da tecnici esperti del settore di riferimento, avulsi (si presume) dagli interessi a vario titolo coinvolti nei procedimenti, i quali esprimono una valutazione che non può non essere imparziale e neutrale, fin tanto che essa rimanga fedele a criteri di valutazione predeterminati e del tutto neutrali.

Ogni concorso pubblico, in generale, come tutti i procedimenti amministrativi, si ispira al principio di imparzialità, ma in più implica il carattere neutrale della selezione, destinata a far emergere dalla valutazione comparativa effettuata dalla commissione giudicatrice il candidato migliore nell'interesse dell'ente banditore, sulla base di criteri squisitamente tecnici¹⁴. L'imparzialità del procedimento e la neutralità della selezione, infatti, sono principi ai quali deve ispirarsi la procedura selettiva in tutte le sue fasi, a partire dalla compo-

“superare i dubbi interpretativi e le difficoltà applicative della normativa, emersi sia nello svolgimento dell'attività di vigilanza sull'osservanza delle misure anticorruzione, sia in occasione dei quesiti ricevuti dall'Autorità sull'applicazione del d.lgs. n. 33/2013 sulla lotta alla corruzione, da parte dei soggetti tenuti all'osservanza delle norme ivi contenute. L'ANAC ha quindi fornito alle amministrazioni le “indicazioni operative tese anzitutto a chiarire, nell'ambito del quadro normativo di riferimento, il ruolo e le funzioni del responsabile della prevenzione della corruzione nel procedimento di accertamento delle inconferibilità e incompatibilità nonché a definire i delicati passaggi che connotano la distinta attività di verifica che il suddetto responsabile è chiamato a svolgere sulle dichiarazioni concernenti la insussistenza di cause di inconferibilità e incompatibilità” (cfr. il comunicato stampa dall'ANAC del 20 agosto 2016). Infine, si evidenzia che al responsabile della prevenzione della corruzione viene garantita autonomia di giudizio e piena indipendenza, “nel rispetto e in attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento”.

¹⁴ V., in proposito, le considerazioni svolte da B. CIMINO, *Selettività e merito nella disciplina delle progressioni professionali e nella retribuzione incentivante*, in *Giorn. dir. amm.* 2010, p. 29 ss. e da V. LUCIANI, *Il principio di concorsualità tra assunzioni e progressioni di carriera*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli 2009. Più in generale M. R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit.; M.A. SANDULLI, *Introduzione. Il ruolo dei principi nel diritto amministrativo* (pp. 1-8) e L. ANTONINI, *Il principio di imparzialità* (pp. 53-68), entrambi in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, cit. In giurisprudenza, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2016, n. 3910.

sizione della commissione giudicatrice e, soprattutto, dalla sua presidenza, tenuto conto dei poteri di impulso, direttiva e coordinamento che il presidente esercita, poteri che sul piano dell'esperienza comune rendono questa figura capace di condizionare -almeno in parte- il giudizio degli altri membri della commissione.

La Corte costituzionale si è espressa più volte sulla necessità che la composizione delle commissioni giudicatrici segua criteri tecnico giuridici, in modo da garantire la neutralità dei componenti rispetto agli interessi coinvolti nella procedura selettiva. Esigenza, quest'ultima, che implica, nella composizione delle commissioni -quelle per l'accesso al lavoro pubblico e al pubblico impiego, quest'ultima d'interesse dei docenti universitari, dei prefettizi, dei diplomatici, dei militari e degli aspiranti dipendenti della Borsa valori e della Banca d'Italia (cioè del personale pubblico il cui trattamento giuridico ed economico è determinato con legge anziché mediante CCNL, a seguito di una valutazione di convenienza politica nell'interesse pubblico), come quelle giudicatrici delle gare per l'aggiudicazione di lavori, servizi e forniture pubblici- che la presenza di esperti tecnici debba essere almeno prevalente, al fine di pervenire a scelte fondate su parametri neutrali, condizionate soltanto dalle attitudini e dalla preparazione dei candidati; ma per configurare una funzione prettamente neutrale del collegio appare altrettanto necessario che la presidenza della commissione debba essere assicurata a soggetti esterni ed istituzionalmente imparziali, in grado di garantire quella stessa indipendenza interna cui fa riferimento la Consulta¹⁵.

¹⁵ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 15 ottobre 1990, n. 453; 25 novembre 1993, n. 416; 23 luglio 1993, n. 333; ancora nella sentenza 9 novembre 2006, n. 363, la Corte ha ribadito che "il concorso pubblico -quale meccanismo imparziale di selezione tecnica e neutrale dei più capaci sulla base del criterio del merito- costituisce la forma generale e ordinaria di reclutamento per le pubbliche amministrazioni. Esso è posto a presidio delle esigenze di imparzialità e di efficienza dell'azione amministrativa". Da ultimo, a commento di questa giurisprudenza, cfr. N. NIGLIO, *Le commissioni giudicatrici nei procedimenti concorsuali nella p.a. La difficile attuazione del principio di imparzialità*, in www.lexitalia.it, n. 1/2017. Cfr. ancora Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2016, n. 3910, *cit.*; TAR Lazio- Roma, sez. II, sentenza 24 novembre 2016 n. 11754. La garanzia dell'imparzialità e del buon andamento, contenuta nell'art. 97 Cost. e fissata anche nell'ulteriore garanzia dell'accesso agli impieghi della pubblica amministrazione per concorso pubblico -anch'esso presidiato dall'oggettività dei criteri di giudizio prefissati dalla legge (art. 51 Cost.)- consente di attribuire valore pre-cettivo all'art. 97, nel suo indissolubile legame con il principio di uguaglianza, sicché, l'imparzialità si configura come uno strumento del buon andamento, in quanto consente (traslato negli uffici dell'amministrazione) di garantire selezioni basate su criteri il più possibile tecnici ed oggettivi. Queste considerazioni esprimono il pensiero di E. CANNADA BARTOLI, *Imparzialità e buon andamento in tema di scrutini di merito comparativo*, in *Foro amm.*, 1964, II, p. 72 ss., il quale perviene alla conclusione di

D'altro canto, è agevole rintracciare in ogni settore dell'ordinamento giuridico che interessa l'esercizio di funzioni amministrative, un'evoluzione normativa che sospinge con vigore sempre maggiore verso la configurazione dell'amministrazione di risultato, dove la misurazione della qualità della *performance* e la comparazione tra i risultati delle diverse amministrazioni, finalizzata anche alla distribuzione delle risorse da destinare alla valorizzazione del merito e della produttività del personale, assumono un ruolo ed un valore primario¹⁶.

Si tratta, in fin dei conti, dell'espressione normativa del principio di buona amministrazione cui sono riconducibili molte delle istanze di neutralità che emergono con incessante insistenza nella società civile, la cui soddisfazione non può che prendere avvio proprio dall'attenzione riposta nella disciplina delle procedure di reclutamento del personale chiamato a svolgere le funzioni più eterogenee nei diversi settori in cui opera l'amministrazione pubblica; dunque, in una prospettiva legata all'impianto costituzionale di una democrazia pluralista il concorso pubblico, quale meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci, resta il metodo migliore per la provvista di organi chiamati a esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità ed "al servizio esclusivo della Nazione". Siffatta conclusione prescinde, ovviamente, da ogni aspetto della patologia che oggi può dirsi tipica nell'organizzazione della pubblica amministrazione delle procedure concorsuali. In

attribuire carattere precettivo all'art. 97 Cost. ove il principio dell'imparzialità trova consacrazione, dimorando nell'attività come nell'organizzazione amministrativa.

¹⁶ Per alcune considerazioni sulla responsabilità dei dirigenti pubblici per violazione delle norme in materia di pubblicazione e accesso civico cfr. D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della pubblica amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del d.lgs. n. 33/2015*, in www.federalismi.it, n. 5/2016; R. NOBILE, *La responsabilità e il potere disciplinare negli enti locali fra analisi della loro natura giuridica e conseguenze ordinamentali*, in www.lexitalia.it, n. 7/2016; in tema, sulla responsabilità dirigenziale, P. CANAPARO, *L'anticorruzione e la trasparenza: le questioni aperte e la delega sulla riorganizzazione della pubbliche amministrazioni*, *ivi*, n. 1/2016; F. ZAMMARTINO, *Sistema dei controlli e semplificazione amministrativa: una coesistenza difficile?*, in www.federalismi.it, n. 19/2015; F. MARTINES, *La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella pubblica amministrazione*, *ivi*, n. 5/2015; G. NICOSIA, *La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quid e quomodo della "misurazione" e "valutazione individuale"*, in F. Carnici e S. Mainardi (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Milano 2011; Id., *La valutazione della prestazione dirigenziale e le connesse responsabilità. La responsabilità dirigenziale e la responsabilità disciplinare*, in U. Carabelli (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari 2010; E. FIATA, *Funzioni e poteri del dirigente nella valutazione della performance individuale*, in *Giur. it.* 2010; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzio e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, 2003; L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000.

altre parole, l'infedeltà di un commissario rispetto al compito da intendersi costituzionalmente rifiutato se non svolto con onore (art. 50 Cost.) -mentre implica la massima e responsabile cura nell'individuazione dei componenti della commissione giudicatrice- non può alterare il percorso di questa ricerca.

Si spiega, dunque, l'esistenza di una fitta rete normativa (un intreccio di fonti primarie e secondarie) volta alla disciplina, ad esempio, di criteri e parametri di selezione delle commissioni giudicatrici di concorso o di gara pubblica che potrebbero definirsi quasi restrittivi, esprimendo essi particolare attenzione alla professionalità, alle cause di incompatibilità, alla preparazione tecnica e scientifica dei membri, all'autonomia e all'indipendenza degli stessi, nonché alla fissazione di rigidi criteri di giudizio nella scelta dei candidati migliori, infine alla trasparenza dell'attività; tutte norme volte a garantire l'indipendenza e la neutralità dei "reclutatori", traducibile nell'estraneità rispetto a tutti gli interessi in gioco, nonché come alta imparzialità e tecnicità di giudizio; di qui i requisiti di qualificazione scientifica e tecnica dei membri della commissione.

È fuor di dubbio, infatti, che vi siano diverse "occasioni" di incompatibilità della carica in grado di compromettere la neutralità e l'imparzialità di giudizio dei membri della commissione: per questo motivo la selezione delle commissioni giudicatrici avviene sulla base di criteri fissati dalla legge che spesso insistono sulla disciplina dell'incompatibilità.

Così ad esempio il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 s.m.i., testo unico sul pubblico impiego, in tema di selezione del personale, enuncia un criterio fondamentale per la scelta dei membri delle commissioni di concorso per l'accesso e per la progressione del personale nei pubblici uffici: le commissioni giudicatrici, infatti, devono essere composte "esclusivamente con esperti di provata competenza, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali" (art. 35, terzo comma, lett. e)¹⁷.

¹⁷ Il d.lgs. 165/2001 è attualmente oggetto di riforma con schema di d.lgs. adottato il 15 febbraio 2017 recante "Modifiche e integrazioni al testo unico sul pubblico impiego, ai sensi dell'art. 17, comma 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche".

Lo schema di decreto prevede, quanto all'art. 35 richiamato, oltre all'inserimento di ulteriori requisiti che possono essere richiesti ai candidati, anche la possibilità per le amministrazioni che abbiano l'esigenza di svolgere procedure selettive, di "rivolgersi al dipartimento della funzione pubblica e avvalersi della Commissione per l'attuazione del progetto di riqualificazione delle pubbliche amministrazioni (RIPAM), di cui al decreto interministeriale 25 luglio 1994, fatte comunque salve le competenze delle Commissioni esaminatrici".

La norma, contenuta nel nuovo comma 5 dell'art. 35, andrebbe a sostituire il quinto comma attualmente vigente nel quale si prevede che "I concorsi pubblici per le

Ma a questo proposito va posto in luce che, nell'annullare una norma di legge regionale (art. 5, l. r. Calabria 5 maggio 1990, n. 55) nella parte in cui non prevedeva "la presenza, in seno alla commissione giudicatrice per l'avanzamento a dirigente di 2° qualifica "di membri dotati di specifica competenza tecnica rispetto alle materie previste per le selezioni concorsuali", la Corte costituzionale trova conferma sulla necessità di preservare il "carattere esclusivamente tecnico del giudizio", oltre che nelle sue precedenti pronunce n. 333 del 1993 e 453 del 1990, anche nell'ambito della legislazione statale in tema di pubblico impiego appena richiamata.

Nella prospettiva appena analizzata, trova agevole spiegazione la circostanza per la quale la norma insista sulla tecnicità delle competenze dei singoli commissari ed escluda espressamente che costoro possano appartenere ad organi che svolgono funzioni politiche o di indirizzo o, tradizione inaugurata anni fa, subito dopo la c.d. regionalizzazione degli enti ospedalieri (1968/69), nel settore dei concorsi ospedalieri, sindacale, palesando la volontà del legislatore di assicurare un'assoluta posizione di terzietà dei componenti la commissione giudicatrice nei confronti tanto dei candidati quanto -soprattutto- dell'amministrazione procedente e interessata all'esito più conveniente al suo interesse, alla buona amministrazione che rappresenta, com'è noto, uno stretto dovere.

La sua evoluzione verso l'obbligazione nei confronti del cittadino in attesa di giustizia nell'amministrazione è ormai a buon punto dopo il trattato di Lisbona che ha recepito la *Carte* di Nizza e con la tuttora vigente legge n. 69 del 2009 s.m.i., tutte fonti che impongono la *performance* della funzione e la sua valutazione. Si tende ad impedire in tal modo che essi possano subire condizionamenti o ingerenze di natura politica nell'esercizio delle funzioni neutrali affidate loro dall'ordinamento giuridico¹⁸.

assunzioni nelle amministrazioni dello Stato e nelle aziende autonome si espletano di norma a livello regionale. Eventuali deroghe, per ragioni tecnico-amministrative o di economicità, sono autorizzate dal presidente del Consiglio dei ministri. Per gli uffici aventi sede regionale, compartimentale o provinciale possono essere banditi concorsi unici circoscrizionali per l'accesso alle varie professionalità".

Sebbene lo schema di d.lgs. sembri modificare soltanto le norme relative al pubblico impiego nelle amministrazioni dello Stato, non involgendo le competenze regionali, appare prevedibile che le regioni possano impugnare il d.lgs. "correttivo" non appena esso entri in vigore, se non altro poggiando sulla circostanza per la quale il decreto non sia stato adottato previa intesa in sede di conferenza Stato-regioni. Per questo motivo, come si è rilevato poco sopra, la Corte costituzionale aveva dichiarato incostituzionale, tra le altre, la norma di cui all'art. 17, primo comma, della legge 124 del 2015, sulla base della quale lo schema di d.lgs. in commento è stato elaborato dal Governo. Per tutte le possibili conseguenze della vicenda qui descritta, salva l'ipotesi di ritiro dello schema da parte del Governo, si rinvia alle riflessioni svolte supra nelle note 185 e 186.

¹⁸ Si veda il d.P.R. 9 maggio 2015, n. 105 contenente il "*Regolamento di disciplina delle funzioni del dipartimento della funzione pubblica della presidenza del Con-*

Infatti, secondo l'impostazione della Consulta, il principio di imparzialità comporta che, nella formazione delle commissioni, il carattere esclusivamente tecnico del giudizio debba risultare salvaguardato da ogni rischio di "deviazione verso interessi di parte" o comunque diversi da quelli propri del concorso, il cui obiettivo non può essere altro che la selezione dei candidati migliori (sentenza n. 416/93).

È ben noto che l'art. 97, 2° comma, Cost. impone l'imparzialità ed il buon andamento dell'amministrazione come canoni essenziali cui deve informarsi, in tutte le sue articolazioni, l'organizzazione dei pubblici uffici: alla salvaguardia di tale principio si collegano anche le norme costituzionali che individuano nel concorso il mezzo ordinario per accedere agli impieghi pubblici (art. 97, terzo comma) e che pongono i pubblici impiegati "al servizio esclusivo della Nazione" (art. 98)¹⁹.

È, quindi, dallo stesso impianto costituzionale che emerge l'esigenza che le commissioni giudicatrici nei concorsi pubblici siano tenute ad esprimere giudizi di carattere squisitamente neutrale nel campo tecnico e ad osservare, in quanto organi dell'amministrazione, il criterio di imparzialità, che impone

siglio dei ministri in materia di misurazione e valutazione della performance delle pubbliche amministrazioni", emanato in attuazione dell'art. 19, comma 10, del d. l. 24 giugno 2014, n. 90 (conv. nella legge 11 agosto 2014, n. 114) ed il parere Cons. St., sez. cons. atti norm., 3 febbraio 2016, n. 232, nonché il commento di D. GAGLIOTTI, *Considerazioni sul d.P.R. 105/2016, cit.*

¹⁹ In queste norme si esprime, secondo l'accorto giudizio della Consulta, "la distinzione più profonda tra politica e amministrazione, tra l'azione del governo -che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza- e l'azione dell'amministrazione -che, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento".

L'evidente neutralità che connota le funzioni attribuite alle commissioni giudicatrici appositamente nominate per l'espletamento dei concorsi pubblici è stata puntualmente rimarcata dalla Corte costituzionale, passando per il richiamo della norma di cui all'art. 97 cost., in particolare dei principi contenuti nel secondo e quarto comma ove si prevede che il mezzo ordinario di accesso agli impieghi di tutte le pubbliche amministrazioni è il concorso pubblico e che i pubblici uffici sono organizzati in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. In dottrina cfr. I. SIGISMONDI, *Il principio del buon andamento tra politica e amministrazione*, Napoli 2011; F. PATRONI GRIFFI, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione nel dettato della Costituzione e nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Lav. nelle p.a.* 2009, p. 273 ss.; A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione, cit.*; A. MASSERA, *Il difficile rapporto tra politica e amministrazione: la Corte costituzionale alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 1307; S. BATTINI, *In morte del principio di distinzione tra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system*, *ivi*, 2006, p. 911.

«ad ogni autorità pubblica, nell'esercizio della funzione amministrativa, di considerare in modo oggettivo i vari interessi pubblici e privati che è chiamata a valutare, senza soggiacere a pressioni esterne di qualsiasi natura».

In realtà, la definizione offerta dalla Corte fonda senz'altro sull'essenza del principio di imparzialità, che implica appunto la ponderazione dei diversi interessi in gioco che l'amministrazione ha l'obbligo di effettuare secondo criteri imparziali, motivando adeguatamente le scelte compiute, sicché emergano le ragioni giuridiche che l'hanno indotta a fissare un determinato assetto di quegli interessi; ma la neutralità della funzione amministrativa è altro, come ampiamente e lucidamente spiegato dalla dottrina tradizionale, quanto autorevole e affidabile²⁰.

Quanto alle commissioni di gara per gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, il codice dei contratti pubblici -d.lgs. n. 50 del 2016 che, come si è già rilevato, è attualmente sottoposto ad un procedimento di revisione mediante decreto correttivo su ottanta articoli- all'art. 77, comma 1, prevede che la commissione sia composta da esperti nello specifico settore oggetto del contratto²¹. L'interpretazione "razionalizzante" della norme proviene

²⁰ Cfr. anzitutto A.M., SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali*, cit. il quale chiarisce l'essenza della neutralità partendo proprio dalla "posizione di estraneità ed indifferenza rispetto alla materia e agli interessi dei soggetti nei cui confronti si opera"; sulla scorta delle riflessioni di Sandulli, sono tornati ad approfondire il tema alcuni autori, prospettando la distinzione tra imparzialità e neutralità sotto differenti angolazioni: v. F. MERLONI, *Amministrazione imparziale e amministrazione neutrale*, cit., p. 319 ss., il quale affronta il tema con riferimento alla neutralità/imparzialità delle amministrazioni indipendenti, tracciando le peculiarità fondamentali dei due termini della relazione attorno al fulcro della distinzione/separazione tra politica e amministrazione.

In realtà, lo stesso autore, chiarisce opportunamente che il tentativo di proporre il modello delle autorità indipendenti come alternativa alle amministrazioni rette dal principio democratico, segnando una netta linea di confine tra l'amministrazione e la politica, si rivelerebbe un *progetto* irrealizzabile e costituzionalmente illegittimo "se presentato come modello di generale introduzione nelle amministrazioni pubbliche di un principio di separazione inteso come la ricerca di una amministrazione neutrale e sottratta alla responsabilità politica". Diversamente si pone la questione, allorché si tratti di distinguere all'interno delle amministrazioni, i diversi *ruoli* degli organi di direzione politica e dei funzionari professionali. Cfr. Id., *Fortuna e limiti delle cosiddette autorità indipendenti*, in *Pol. dir.* 1997, n. 4.

²¹ Il codice abrogato dei contratti contenuto nel d.lgs. 163 del 2006, prevedeva nella norma di cui all'art. 84, 2° comma che la maggioranza dei componenti fosse "esperto specifico" nel settore oggetto del contratto. Sulla qualifica di esperto specifico alcune pronunce giurisprudenziali hanno effettuato alcune puntualizzazioni: cfr. su ciò TAR Puglia, Bari, sez. I, 6 febbraio 2013, n. 174 che si sofferma sulla norma di cui all'art. 84, comma 4 che impone una necessaria distinzione tra organi istruttori delle domande dei concorrenti alla gara pubblica e organi decidenti. Cfr. altresì Cons. Stato, sez. IV, n. 27 del 18 luglio 2012; sez. V, n. 6701

spesso dalle pronunce giurisprudenziali, sicché, in una recente decisione, il TAR Lazio ha spiegato come “nelle gare di appalto da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, l’esperienza nello specifico settore dei componenti della commissione è richiesta solo e soltanto per l’attribuzione dei punteggi relativi all’offerta tecnica e non anche per l’attribuzione dei punteggi relativi all’offerta economica, frutto di un mero calcolo non opinabile, al punto che la necessità di costituire una commissione di gara sussiste solo nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ma non anche ove il criterio prescelto sia quello del prezzo più basso”²². In particolare, ha sottolineato il giudice capitolino che l’art. 84 d.lgs. n. 163 del 2006 (*ratione temporis* vigente) stabiliva al

del 20 dicembre 2011; sez. V, n. 4450 del 25 luglio 2011; per l’individuazione dei criteri utili a pervenire alla conclusione positiva sulla qualità di esperto specifico di un commissario di gara cfr. TAR Puglia, Lecce, sez. III, 15 dicembre 2011, n. 2176. Sulle (buone) ragioni della formazione del codice, cfr. A. CARULLO, *Perché un codice dei contratti pubblici*, in *Studi* in onore di L. Arcidiacono, Torino 2010, p. 545 ss.

²² Cfr. TAR Lazio - Roma, sez. II, sentenza 24 novembre 2016 n. 11754. La giurisprudenza, aveva, peraltro, da tempo sottolineato l’importanza della completezza della commissione quando da essa dipende una vera e propria valutazione dei candidati (ossia quando l’aggiudicazione non sia il frutto, per il tipo di procedura bandita, di un semplice calcolo matematico). In particolare, TAR Campania, sez. I, 3 aprile 2012, n. 240 ha evidenziato come “mutare la composizione della commissione inevitabilmente finisce per influire sul grado di severità del giudizio, rispetto al metro adottato per altri candidati” e che “la composizione della commissione è indifferente soltanto se il sistema di aggiudicazione è di tipo automatico, incidendo altrimenti inevitabilmente sul metro di giudizio adottato, per quanto stringenti possano essere i criteri di valutazione prefissati.” A conferma dell’interpretazione offerta dalla giurisprudenza, si veda la delibera ANAC del 16 novembre 2016 (in G.U. n. 283 del 3 dicembre 2016), con la quale sono state dettate le linee guida di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell’Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici», ove si legge, ad esempio che “Ai sensi dell’art. 77 del Codice la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, compete a una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l’oggetto del contratto. Per poter far parte della commissione gli esperti devono necessariamente essere iscritti all’Albo, anche se appartenenti alla stazione appaltante che indice la gara. L’Albo è composto da: a) una sezione ordinaria contenente l’elenco degli esperti che possono essere selezionati dall’Autorità a seguito di richiesta delle stazioni appaltanti nonché direttamente dalle stesse quando ricorrano le condizioni di cui al punto 3; b) una sezione speciale, prevista dall’art. 77, comma 3, per le procedure di aggiudicazione svolte da Consip S.p.A., Invitalia S.p.A. e dai Soggetti Aggregatori Regionali di cui all’art. 9 del d.l. 66/2014, convertito con modificazioni dalla legge 89/2014.... L’elenco degli esperti iscritti all’Albo è pubblicato sul sito dell’Autorità”.

primo comma che, quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice; analogamente, l'art. 77, co. 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che, nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalto o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto²³.

Quanto alle caratteristiche professionali dei commissari di gara le linee guida dell'ANAC prevedono: "I commissari devono essere esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto. La stazione appaltante deve motivare adeguatamente circa le professionalità richieste per la valutazione dell'offerta dal punto di vista tecnico ed economico. In generale sarà necessario ricorrere a esperti caratterizzati da professionalità distinte" e vengono dettate le regole per la scelta casuale degli esperti da chiamare a comporre la commissione giudicatrice.

²³ Singolare la scelta del legislatore -per vero guidata dal parere della Commissione speciale per gli atti normativi del Governo, n. 855 del 21 marzo 2016 - di eliminare dal testo originario del disegno, il riferimento alla composizione della commissione di gara dal rito speciale (specialissimo) previsto dalla norma di cui all'art. 120 cpa, alla quale è stato aggiunto il comma 2° bis per l'impugnazione (esclusivamente) del "provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali", secondo un rito abbreviato e particolare che colà trova disciplina.

Nessuna possibilità, quindi concede la norma per l'impugnazione della composizione della commissione giudicatrice, essendo stata questa previsione espunta dalla norma relativa all'impugnazione per rito speciale, "vista la natura eccezionale del rito, derogatorio rispetto ai termini e alle regole generali" che "imponesse un'attuazione non estensiva della delega". Sicché la Commissione speciale ha proposto di eliminare il riferimento alla "composizione della commissione" nell'enumerazione delle materie interessate dal processo speciale in esame." L'espunzione, prosegue la Commissione, "è anche coerente con la ratio del nuovo rito, volto a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione." Può forse condividersi l'asserita singolarità della scelta allorché si ponga mente al tenore dell'art. 29 del d. lgs. n. 50 del 2016 che, sotto la rubrica "principi in materia di trasparenza", stabilisce che, "ai fini della proposizione del ricorso ai sensi dell'art. 120" c.p.a., le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori devono pubblicare sul profilo del committente, entro 2 giorni dalla relativa adozione, i suddetti provvedimenti di esclusione e di ammissione dei concorrenti, nonché la composizione della commissione e i curricula dei suoi componenti. Cfr. in proposito l'accurata analisi critica di M.A. SANDULLI, *Il rito speciale in materia di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture*, in *www.federalismi.it*, n. 6/2016; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo codice dei contratti pubblici*, *ivi*, n. 10/2016.

Può dirsi, insomma che la neutralità della commissione di gara, resta garantita anche al cospetto di una previsione di questa portata, semplificatrice e razionalizzatrice per le risorse pubbliche.

La neutralità implica l'estraneità rispetto a qualsiasi interesse coinvolto nell'ambito del procedimento e l'applicazione di criteri prettamente tecnici per esprimere pareri, accertamenti e giudizi che possano definirsi certamente oggettivi, ma difficilmente imparziali. Infatti, la stessa presenza di interessi contrapposti di parte resta indifferente all'organo neutrale: dunque tutt'altro che imparzialità. Neutralità è qualificazione di un'attività scevra dalla considerazione -a fine di ponderazione- degli interessi, concentrata sulla ricerca di verità obiettive²⁴, dati reali tratti dalla tecnica, garantendo l'applicazione della legge; e, con particolare riferimento al concorso pubblico, garantendo il perseguimento del solo interesse connesso alla scelta dei candidati che risultino essere maggiormente meritevoli e più idonei all'esercizio della funzione pubblica o dei compiti di servizio pubblico considerati. In un sistema di tal fatta, il giudizio sul merito del candidato risulta libero in concreto da ogni orientamento politico e da condizionamenti di natura personale o sociale. Riuscire ad ottenere questi risultati impone la fissazione di garanzie, di cautele e di regole attinenti alla formazione delle commissioni giudicatrici e all'esercizio della funzione.

L'indifferenza rispetto agli interessi in gioco, però, è evidentemente un connotato che risulta incompatibile con "l'idea di amministrazione in senso tradizionale" che per sua natura (e per legge) deve perseguire gli interessi pubblici affidati alla sua cura: ciò rende l'amministrazione una "parte interessata"²⁵, evidentemente incapace di essere neutrale (al più, imparziale) rispetto agli interessi coinvolti nella sua attività.

4. Il ricorso amministrativo alle Commissioni di ricorso delle Agenzie europee. Il caso dell'ESMA

Nell'UE è metodologicamente aperta (art. 263, comma 5 del TFUE) la possibilità di istituire e di percorrere vie di ricorso specifiche mediante gli stessi "atti che istituiscono gli organi e organismi dell'Unione"; questi atti "possono prevedere condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro atti di detti organi o organismi

²⁴ Per un'analisi dell'attività conoscitiva dell'amministrazione volta alla ricerca delle verità obiettive, cfr. E. CARLONI, *Le verità amministrative*, Milano 2011.

²⁵ Così V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.* 1997, p. 341 ss., spec. p.353, ma, anche Id., *Profili pubblicistici della Commissione nazionale per le società e la borsa*, in Id., *Problemi dell'amministrazione e della giurisdizione*, Padova 1985, p. 97 ss.

destinati a produrre effetti nei loro confronti²⁶. Ancora nel TFUE (art. 298, nel combinato disposto con l'art. 41 della CEDU), si offre copertura costituzionale e si incentiva l'istituzione di alcuni ricorsi amministrativi.

D'altronde, nell'ultimo ventennio si è affermato con forza sempre crescente uno specifico rimedio amministrativo contro le decisioni di organi e organismi europei: procedimenti giustiziali e pregiudiziali che vengono attivati davanti a Commissioni indipendenti istituite presso le Agenzie europee di regolazione. Si direbbe trattarsi di un fenomeno destinato ad allargarsi, fino a "costituire il sistema ordinario della tutela amministrativa nei confronti dell'amministrazione *satellitare*"²⁷.

Si tratta, infatti, di uno strumento di tutela che mano a mano che manifesta la sua efficacia, viene riferito alle differenti materie di cui si occupano le Agenzie; a titolo esemplificativo si pensi alle diverse Commissioni indipendenti istituite presso l'Ufficio per l'armonizzazione del mercato interno (UAMI) con il regolamento U.E. n. 207 del 2009, che prevede l'affidamento nei loro confronti del compito di decidere i ricorsi contro le determinazioni degli esaminatori, delle divisioni di opposizione, della divisione legale e di amministrazione dei marchi, nonché delle divisioni di annullamento. Il regolamento disciplina la procedura davanti alle Commissioni prevedendo una fase di revisione interna ad opera dell'ufficio (artt. 61 e 62) e la possibilità di proporre un reclamo alle Commissioni; in caso di esito negativo della fase di revisione, le Commissioni (composte da tre membri) deliberano esercitando eventualmente le competenze dell'organo che ha emesso

²⁶ Cfr. anzitutto il reg. CE 1907/2006 (REACH), spec. il considerando 106 e gli artt. 89-93; inoltre il reg. UE 528/2012 (BPR), spec. il considerando 65 e l'art. 77; reg. Commissione CE 771/2008, regolamento di Procedura (RdP); reg. Commissione CE 340/2008 (Tariffe REACH) ed il relativo regolamento di esecuzione contenuto nel reg. UE 564/2013 (Tariffe BPR); infine le varie decisioni della Commissione di ricorso del Consiglio d'amministrazione e del direttore esecutivo.

²⁷ Così L. DE LUCIA, *I ricorsi amministrativi nell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2013, p. 337, riprendendo l'espressione di D. CURTIN, *Executive Power of European Union*, Oxford University Press, Oxford 2009, nel commentare l'atteggiamento della Commissione europea nei confronti di questi rimedi giustiziali ed, in particolare, del *favor* espresso verso la costituzione di nuove Commissioni di ricorso. Si vedano la comunicazione della Commissione, Inquadramento delle agenzie europee di regolazione, COM (2002) 718 ed il Progetto di accordo interistituzionale relativo all'inquadramento delle agenzie europee di regolazione, COM (2005) 059; e ancora si veda il *Joint Statement on Decentralised Agencies* ed il conseguente *Common Approach* del Parlamento, del Consiglio e della Commissione sottoscritto il 12 giugno 2012. Cfr. P. CHIRULLI e L. DE LUCIA, *Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo. Le commissioni di ricorso delle agenzie europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, p. 1305 ss. e degli stessi autori, *Specialised Adjudication in EU Administrative Law: the Boards of Appeal of EU Agencies*, in *European Law Review* 2015, p. 832 ss.

l'atto impugnato, ovvero restituendo l'atto all'autorità competente affinché lo riveda alla luce del giudizio espresso dalla Commissione (artt. 60 e 64). Le decisioni della Commissione sono impugnabili davanti alla Corte di giustizia (art. 65)²⁸.

Si può fare, in realtà, soltanto un cenno alla proliferazione di istanze giurisdizionali nell'ordinamento dell'Unione.

Fanno capo all'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (UAMI) -come si è accennato- alcune Commissioni di ricorso permanenti: il regolamento n.207 del 2009, all'art. 83 disciplina quattro diverse Commissioni, nonché agli artt. 135-137 detta i precetti concernenti l'indipendenza e la terzietà dei componenti.

Vi sono altre Commissioni di ricorso presso altre specifiche Agenzie UE: l'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER), l'Ufficio comunitario delle varietà vegetali (CPVO), l'Agenzia europea per la sicurezza aerea (EASA), le Commissioni di ricorso delle Autorità europee di vigilanza (EBA/EIOPA/ESMA), infine la Commissione per i ricorsi del Comitato unico di risoluzione (SRB).

Ad esempio, l'ESMA, *European Securities and Markets Authority*, autorità indipendente di vigilanza di sicura natura pubblica²⁹, istituita con regolamento UE n. 1095/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010, garantisce il rispetto degli obblighi in termini di integrità, trasparenza, responsabilità e correttezza gestionale, imposti alle agenzie di *rating* dal regolamento CE n. 1060 del 2009, modificato dal regolamento UE

²⁸ La procedura appena descritta è la medesima che trova disciplina nei differenti regolamenti che istituiscono le Commissioni di ricorso presso le Agenzie europee di regolazione: si vedano, tra gli altri, il regolamento del Consiglio, n. 2100 del 27 luglio 1994 sulla privativa comunitaria per ritrovati vegetali; il regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 febbraio 2008, n. 216 riguardante l'aviazione civile, che istituisce l'Agenzia europea per la sicurezza aerea e la sua Commissione di ricorso; il regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 18 dicembre 2006, n. 1907 sulla registrazione, valutazione, autorizzazione e restrizione dell'uso delle sostanze chimiche, che istituisce l'Agenzia europea per le sostanze chimiche (ECHA); infine i regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010, con i quali sono state istituite l'Autorità bancaria europea (reg. n. 1093), l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (reg. 1094) e l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (reg. n. 1095). I regolamenti hanno istituito un'unica Commissione di ricorso, comune alle tre Autorità che — su richiesta di qualsiasi persona fisica o giuridica, incluse le autorità nazionali competenti — può sindacare le decisioni delle Autorità, in materia di violazioni del diritto dell'Unione, di interventi in situazioni di emergenza, di soluzione di controversie tra autorità nazionali e di accesso ai documenti.

²⁹ Si vedano le considerazioni di M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, *Annuario AIPDA* 2013, Napoli 2014.

n. 462 del 2013³⁰. L'*authority* ha poteri di vigilanza che si esplicano attraverso la registrazione delle agenzie di *rating*, la richiesta di informazioni dettagliate e lo svolgimento di indagini generali sull'attività delle agenzie, al fine di rilevare eventuali violazioni degli obblighi imposti alle stesse dal regolamento del 2009. Al fine di *proteggere i consumatori e le attività finanziarie* (art. 9, regolamento 1095/2010), l'Autorità europea di vigilanza può revocare la registrazione, sospendere l'attività di *rating* e irrogare sanzioni pecuniarie, sempre tramite un procedimento che garantisca il pieno contraddittorio con le parti interessate.

L'ESMA è dotata della Commissione di ricorso, istituita dall'art. 6 del regolamento 1095/2010 per "assicurare che le parti interessate dalle decisioni dell'Autorità possano esperire idonee vie di ricorso". In particolare -si spiega nel considerando n. 58 del regolamento- al fine di "tutelare efficacemente i diritti delle parti e per ragioni di semplificazione delle procedure, occorre che le parti possano far ricorso dinanzi ad una Commissione di ricorso nei casi in cui l'Autorità dispone di poteri di decisione"; inoltre, "per ragioni di efficacia e di uniformità, occorre che la Commissione di ricorso sia un organismo congiunto delle AEV, indipendente dalle loro strutture amministrative e regolamentari" e che "le decisioni della Commissione di ricorso dovrebbero essere impugnabili dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea".

La Commissione di ricorso, composta da 6 membri³¹ nominati in parte dal Consiglio di amministrazione ed in parte nel modo (affatto chiaro) indicato

³⁰ In particolare, le agenzie devono adottare tutte le misure necessarie per garantire che l'emissione di un *rating* non sia influenzata da conflitti d'interesse esistenti o potenziali, sicché nel regolamento si elencano una serie di obblighi specifici sia sull'assetto organizzativo (si richiede una struttura di *corporate governance* caratterizzata dalla presenza di un Consiglio di amministrazione o di sorveglianza, composto almeno in parte da membri indipendenti dotati di particolare *expertise* specifica in materia di servizi finanziari; di un'alta dirigenza, capace ed esperta, che garantisca la gestione sana e prudente dell'agenzia; infine di un efficace sistema di controllo interno e di valutazione del rischio, nonché di una commissione che valuti ed aggiorni periodicamente le metodologie e i modelli di *rating*) sia sull'operatività (obbligo di identificazione, eliminazione o gestione, comunicazione chiara e visibile di qualsiasi conflitto di interesse, effettivo o potenziale: le agenzie non possono emettere un *rating* allorché vi siano forme di controllo o di collegamento, anche di fatto, con i soggetti sottoposti alla classificazione) delle agenzie.

³¹ A norma del secondo comma dell'art. 58, "la Commissione di ricorso è composta di sei membri e sei supplenti, persone di indubbio prestigio che abbiano dato prova delle conoscenze pertinenti e di esperienza professionale, anche nell'ambito della vigilanza, a livello sufficientemente elevato in campo bancario, assicurativo, delle pensioni aziendali e professionali, dei mercati azionari o altri servizi finanziari, ad eccezione del personale in servizio delle autorità competenti o di altre istituzioni nazionali o dell'Unione coinvolte nelle attività dell'Autorità. La Commissione di ricorso è in possesso delle sufficienti competenze giuridiche necessarie a fornire consulenza giuridica sulla legittimità dell'esercizio dei poteri dell'Autorità".

nella norma di rinvio di cui all'art. 58, punto 3, secondo periodo³², svolge, assicurando di agire “in modo indipendente e nel pubblico interesse” (art. 59, 6° co.), i compiti di cui all'art. 60 che garantisce a “qualsiasi persona fisica o giuridica, incluse le autorità competenti” la possibilità di proporre, entro due mesi dalla notifica o pubblicazione del provvedimento, ricorso contro una decisione dell'Autorità adottata ai sensi del regolamento “e contro ogni altra decisione adottata dall'Autorità ... avente come destinatario la predetta persona, o contro una decisione che, pur apparendo come una decisione presa nei confronti di un'altra persona, riguardi detta persona direttamente e individualmente.” La presentazione del ricorso non ha effetto sospensivo, salvo che la commissione decida in tal senso. Le parti hanno occasione di presentare più memorie e di essere ascoltate; infine, “la commissione di ricorso può confermare la decisione presa dall'organo competente dell'Autorità o rinviare il caso a tale organo” (punto 5) che resta vincolato dalla decisione della commissione di ricorso “e adotta una decisione modificata”. Il regolamento istitutivo della commissione di ricorso, contiene apposite norme destinate a garantire l'indipendenza e l'imparzialità dei membri (art. 59), che incidono, come si chiarirà per la Commissione di ricorso dell'ECHA, in modo assai rilevante sulla neutralità delle funzioni svolte dalla Commissione, estranea da qualsiasi interesse sia curato dall'Autorità presso la quale è istituita.

4.1 L'ECHA e la sua Commissione di ricorso

Anche l'Agenzia europea per le sostanze chimiche (ECHA - *European Chemicals Agency*) è stata dotata di una “Commissione di ricorso”, composta dal presidente e da 2 membri a tempo pieno, di formazione giuridica e/o tecnica che vengono nominati -ai sensi dell'art. 89, comma 3, REACH- dal Consiglio d'amministrazione dell'Agenzia, sulla base di una rosa di nomi proposta dalla Commissione UE; con lo stesso metodo vengono individuati i membri supplenti in caso di assenza. La Commissione riceve un mandato quinquennale, rinnovabile una sola volta.

³² La norma, prevede che “due membri della Commissione di ricorso e due supplenti sono nominati dal Consiglio di amministrazione dell'Autorità da un elenco ristretto di candidati proposto dalla Commissione a seguito di un invito a manifestare interesse pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* e previa consultazione del consiglio delle autorità di vigilanza.

Gli altri membri sono nominati conformemente al regolamento (UE) n. 1093/2010 e al regolamento (UE) n. 1094/2010”, che istituiscono, rispettivamente, l'Autorità bancaria europea e l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali.

Purtroppo, i due regolamenti qui citati rinviano, a loro volta, in una norma di identico tenore, alla previsione di cui agli altri regolamenti coevi, nn. 1095 e 1093 del 2010, sicché rimane ignoto il metodo di selezione degli altri 4 membri e 4 supplenti della Commissione di ricorso.

L'Agenzia europea per le sostanze chimiche è chiamata a svolgere un importante ruolo di controllo e registrazione delle sostanze chimiche (intendendosi per tali qualsiasi elemento chimico o suo composto, allo stato naturale o ottenuto per mezzo di un procedimento di fabbricazione) che vengono prodotte o importate nell'Unione europea. L'ECHA, al vertice dell'imponente fenomeno produttivo che suscita esigenze di precauzioni, prevenzioni e tutele della salute degli esseri viventi può assumere decisioni vincolanti che prescrivono ai produttori o agli importatori anzitutto di registrare una determinata sostanza³³, può disporre l'esenzione da tale obbligo per le attività di ricerca e sviluppo orientate ai prodotti e ai processi (art. 6, reg. CE 1907/2006), rifiutare la registrazione (art. 20), autorizzare la condivisione di dati relativi alle sostanze registrate 368, e la condivisione di dati che riguardano le sperimentazioni (art. 30, 2° e 3° comma). In tutti questi casi l'attività decisoria dell'Agenzia è dettagliatamente disciplinata; viceversa non risultano altrettanto definiti i diritti procedurali spettanti agli interessati³⁴.

Nei ricorsi presentati alla Commissione di ricorso dell'ECHA l'impugnazione ha effetto sospensivo della decisione (art. 91, II comma): a garanzia dell'effettività della tutela, la regola dell'automatica efficacia cautelare del ricorso conferisce una maggiore effettività alla tutela del privato nei confronti delle lesioni riconducibili all'operato dell'amministrazione ed è tipica dell'or-

³³ Incombe su ogni produttore o importatore di sostanze chimiche in quanto tali o in quanto componenti di uno o più preparati (in quantitativi pari o superiori a 1 tonnellata e che sia destinata a essere rilasciata in condizioni d'uso normali o ragionevolmente prevedibili) un obbligo generale di registrazione (con pagamento della relativa tariffa),

³⁴ L'ECHA procede inoltre all'esame delle proposte di sperimentazione di una sostanza chimica presentate in sede di registrazione o successivamente definendo le condizioni di effettuazione del test, prescrivendo sperimentazioni ulteriori o rifiutando la sperimentazione (artt. 40 e 51); infine l'Agenzia svolge un controllo permanente sulle registrazioni per verificarne la conformità alle prescrizioni regolamentari adottando le necessarie decisioni (o progetti di decisione) nei confronti del dichiarante o dei dichiaranti (artt. 46, 46 e 51). Per queste fattispecie decisorie i diritti procedurali dei dichiaranti e degli utilizzatori a valle sono maggiormente definiti: ai sensi dell'art. 50 del regolamento istitutivo l'Agenzia comunica i progetti di decisione elaborati a norma degli articoli 40, 41 o 46 ai dichiaranti o agli utilizzatori a valle interessati, informandoli che hanno il diritto di formulare le loro osservazioni entro trenta giorni dalla ricezione di tale comunicazione. Se i dichiaranti o gli utilizzatori a valle interessati intendono formulare osservazioni, le comunicano all'Agenzia. L'Agenzia a sua volta informa, senza indugio, l'autorità competente della presentazione delle osservazioni. L'autorità competente (per le decisioni adottate a norma dell'articolo 46) e l'Agenzia (per le decisioni adottate a norma degli articoli 40 e 41) tengono conto delle osservazioni ricevute e possono modificare di conseguenza il progetto di decisione.

dinamento processuale tedesco³⁵. Il ricorso, debitamente motivato, è presentato per iscritto all'Agenzia entro tre mesi dalla notifica della decisione alla persona interessata o dal giorno in cui la persona interessata è venuta a conoscenza della decisione (art. 92).

Se il direttore esecutivo dell'Agenzia, dopo aver consultato il presidente della Commissione di ricorso, considera ricevibile e fondato il ricorso può agire in autotutela modificando o revocando la decisione iniziale (art. 93). Fuori da questa ipotesi, ritenuto ricevibile il ricorso, la Commissione decide esercitando ogni funzione che rientra nelle prerogative dell'Agenzia oppure deferisce la decisione all'organo competente a proseguire l'azione. Anche in questo caso le parti del procedimento di impugnazione hanno il diritto di presentare oralmente le loro osservazioni. Le decisioni della Commissione di ricorso o dell'Agenzia, nei casi per i quali non è previsto il diritto di adire la commissione di ricorso, possono essere impugnate dinanzi al Tribunale europeo di primo grado e alla Corte di giustizia, a norma dell'articolo 263 TFUE (art. 94).

Come si è detto i tre membri indipendenti che compongono la Commissione di ricorso dell'ECHA, come dell'EMSA, non sono vincolati nelle loro decisioni da alcuna istruzione delle burocrazie coinvolte, né dai motivi adottati dalla parte ricorrente e non possono esercitare altre funzioni in seno all'Agenzia, a conferma della assoluta neutralità della loro funzione, prive del compito di curare un interesse specifico diverso da quello, neutrale appunto, di accertare e tendere a rilevarne la verità-effettività. L'indipendenza dei membri trova, del resto, un significativo rafforzamento nella circostanza per la quale essi non possono essere revocati dal loro incarico se non per gravi motivi e in ottemperanza ad una decisione in tal senso adottata dalla Commissione, previo parere del consiglio d'amministrazione. Essi non possono partecipare al procedimento se nutrano un interesse personale o abbiano partecipato all'adozione della decisione impugnata e, naturalmente, alle parti è accordato il diritto di ricusare i componenti della commissione per gli stessi motivi o per sospetta parzialità, ma non possono ricusarli per altre ragioni legate, ad es. alla loro cittadinanza, pur se il *thema decidendum* riguardi lo Stato o addirittura il comune di residenza del Commissario.

Sotto il profilo della neutralità va subito osservato che la Commissione di ricorso presenta qualifiche accentuate di diritto positivo di indipendenze e terzietà: "i membri della commissione di ricorso sono indipendenti. Nell'assumere le loro decisioni non seguono istruzioni di alcun genere" (art. 90, par.2, REACH); essi possono essere revocati soltanto per "seri motivi", su decisione della Commissione (art.90, comma 4, REACH) ed è preclusa loro la possibi-

³⁵ Si veda, sul punto, D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2005, 1-33., pp. 683 e ss.

lità di svolgere altre funzioni all'interno dell'Agenzia³⁶. La Commissione è dotata di una propria cancelleria³⁷.

Può osservarsi che tanto la disciplina della sostituzione dei membri della Commissione di ricorso (art. 90, comma 3, REACH), quanto quella della ricusazione (art. 90, comma 6), fanno riferimento ad organo dotato indubbiamente di terzietà; inoltre che alla terzietà ed indipendenza di questi organi ha fatto riferimento più volte la Commissione europea negli atti prodromici ai regolamenti istitutivi delle Commissioni stesse.

Quanto alle regole che disciplinano la procedura del giudizio davanti alla Commissione di ricorso, dopo una prima affermazione di principio per la quale "ogni persona fisica o giuridica può proporre un ricorso avverso una decisione nei suoi confronti o avverso una decisione che, pur essendo stata assunta nei confronti di altre persone, rivesta per essa un interesse diretto ed individuale" (art. 92, comma 1), si legge nella norma di cui all'art. 12, comma 1 del regolamento di procedura che le parti "non possono presentare nuove prove dopo il primo scambio di memorie scritte, a meno che la Commissione

³⁶ A volte i componenti delle Commissioni di ricorso sono nominati dal Consiglio di amministrazione dell'Agenzia (art. 136, reg. n. 207/09), spesso sulla base di un elenco formato dalla Commissione (art. 41, reg. n. 216/08; art. 89, reg. n. 1907/06; art. 18, reg. n. 713/09 e art. 58, regg. del 2010), altre volte ancora dal presidente delle Commissioni di ricorso (artt. 46 e 47, reg. n. 2100/94). Per quanto concerne il presidente della Commissione, in alcuni casi è nominato dal Consiglio sulla base di un elenco formato dal Consiglio di amministrazione dell'Agenzia (art. 136, reg. n. 207/09) o dalla Commissione (art. 47, reg. n. 2100/94); in altri casi, è eletto dalla Commissione stessa (art. 18, reg. n. 713/09 e art. 58 reg. del 2010); inoltre, può anche essere scelto dal Consiglio di amministrazione dell'Agenzia sulla base di un elenco formato dalla Commissione (art. 89, reg. n. 1907/06 e art. 41, reg. n. 216/08). La rimozione di un componente della Commissione talvolta presuppone l'esperimento di una complessa procedura alla quale prende parte anche la Corte di giustizia (art. 136, reg. n. 207/09 e art. 47, reg. n. 2100/94), talaltra una decisione della Commissione, previo parere del Consiglio di amministrazione dell'agenzia (art. 42, reg.n. 216/08 e art. 90, reg. n. 1907/06); altre volte ancora è prevista una decisione del solo Consiglio di amministrazione (art. 18, reg. n. 713/09 e art. 58 reg. del 2010).

³⁷ La competenza *ratione materiae* della Commissione include l'impugnazione delle decisioni adottate dall'ECHA relative alle principali procedure operative dell'Agenzia, ossia quelle di registrazione e di valutazione dei fascicoli e delle sostanze. Talvolta la Commissione è chiamata a pronunciarsi anche sugli *status* dei ricorrenti o dei controinteressati, come è avvenuto nella decisione A-002-2013, *Distillerie De la Tour* ove si verifica lo *status* di piccola e media impresa, nel decidere sulla completezza della procedura di registrazione (tipizzata come procedura di "verifica di completezza" all'art. 20, comma 2 del regolamento REACH); ovvero nella decisione A-020-2013, *Ullrich Biodisel*, ove si legge, al par.23, che la Commissione di ricorso è "competente ad esaminare i mezzi usati dall'Agenzia...per la notifica di una decisione di verifica dello *status* di PMI e la conseguente fattura".

di ricorso non consideri debitamente giustificato il ritardo nella presentazione delle prove". Sebbene possa leggersi il tentativo di fissare regole chiare per la procedura davanti alla Commissione, tuttavia risulta evidente come il quadro regolamentare patisca la mancanza di una disciplina uniforme a livello di diritto amministrativo europeo e, soprattutto, la lacunosità della disciplina stessa (che nulla dice, ad esempio, riguardo all'ammissibilità di prove e/o informazioni non sottoposte all'Agenzia all'epoca dell'adozione della decisione impugnata)³⁸.

A parziale compensazione della lacunosità del dettato normativo, come assai spesso accade in tutta l'Unione e nelle sue istituzioni, interviene la giurisprudenza europea, attraverso le pronunce del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia, soffermandosi, in particolare sulla natura delle funzioni svolte dalla Commissione di ricorso e sulla portata del sindacato esercitato dalla Commissione.

In particolare, il Tribunale, nell'evidenziare l'esistenza di un'assoluta neutralità ed indipendenza nelle decisioni della Commissione, ha rilevato che "esiste una continuità funzionale tra le diverse istanze dell'UAMI...così, le Commissioni di ricorso, beneficiando di un ampio margine di indipendenza nell'esercizio delle loro funzioni, costituiscono un'istanza dell'UAMI"³⁹. E, lo stesso Tribunale di primo grado, ha ritenuto che la portata dell'esame che la Commissione di ricorso "è tenuta ad effettuare...non è, in linea di principio, determinata dai motivi invocati dalla parte che ha proposto il ricorso". Sicché, anche se la parte ricorrente non solleva "un motivo specifico di ricorso, la Commissione di ricorso, è tuttavia obbligata ad esaminare, alla luce di tutti gli elementi rilevanti di fatto e di diritto, se una nuova decisione con lo stesso dispositivo della decisione impugnata possa essere o meno legittimamente adottata"⁴⁰. Il giudizio è dunque di diritto obiettivo, pur essendo l'accesso alla funzione giustiziale europea notevolmente agevole.

Ancora: nell'esprimersi sul tipo di sindacato che compete alla Commissione di ricorso, la Corte di giustizia ha chiarito che il sindacato giurisdizionale "non può consistere in una mera duplicazione di un controllo precedentemen-

³⁸ Sicché la stessa giurisprudenza della Commissione ha dettato regole sulla procedura, colmando le lacune regolamentari in materia, statuendo, ad esempio, che le prove introdotte contestualmente al ricorso e non sottoposte all'Agenzia all'epoca dell'adozione della decisione impugnata sono ammissibili se supportano fatti precedentemente adottati durante la procedura decisionale dell'Agenzia (cfr. le decisioni A-001-2012 *Dow Benelux*, par. 46 e A-006-2012, *Momentive Specialty Chemicals*, par. 36); e, ancora, nella decisione A-007-2013, *Italcementi*, par.68, la Commissione ha imposto all'Agenzia di adottare una nuova decisione in luogo di quella annullata, tenendo conto delle nuove informazioni emerse durante il procedimento.

³⁹ Cfr. la decisione in T-63/01, par. 21.

⁴⁰ Cfr. la decisione in T- 308/01, par. 29.

te effettuato dalla Commissione di ricorso dell'UAMI⁴¹, che, peraltro, può agire anche d'ufficio.

Quelle istituite per decidere in via giustiziale sui ricorsi proposti “contro atti di organi e organismi europei” sono Commissioni che agiscono in via assolutamente neutrale, nell'offrire una effettiva tutela del privato nei confronti di alcuni segmenti dell'apparato esecutivo, attraverso la predisposizione di forme differenziate di tutela, secondo tecniche amministrative di protezione degli operatori privati, pur nel quadro di una valutazione di interesse alla salvezza delle finalità dell'Unione non legata strettamente ai motivi di ricorso, ma nella consapevolezza di dover assolvere ad una funzione di tutela del cittadino europeo.

5. Il Comitato europeo di esperti indipendenti del 1999

D'interesse è certamente il *Comitato di esperti indipendenti* costituito nell'ambito della Comunità economica europea -come denominata nel 1999 l'attuale Unione- ad iniziativa del Parlamento europeo mediante la risoluzione 14 gennaio 1999.

Si avverte -può dirsi improvvisamente- nell'ambiente istituzionale della Comunità -che aveva da poco avviato un nuovo programma di gestione “espansiva” delle sue competenze fissato nei trattati- un certo disagio, in particolare la necessità di un «miglioramento della gestione finanziaria della Commissione», di conseguenza si «chiede l'istituzione di un comitato di esperti indipendenti, sotto l'egida del Parlamento e della Commissione, con il mandato di esaminare il modo in cui la Commissione individua e affronta frodi, cattiva amministrazione e nepotismo, ivi compresa una revisione di fondo delle prassi seguite dalla Commissione nell'assegnazione di tutti i contratti finanziari; tale comitato dovrà riferire entro il 15 marzo 1999, in primo luogo, sulla valutazione espressa sul Collegio dei commissari»⁴².

L'utilità estrema e la reale indipendenza di un Comitato d'indagine sui comportamenti dei commissari europei voluto dal Parlamento può desumersi da due circostanze.

⁴¹ Cfr. la decisione C-29/05, parr. 55-56, ove si chiarisce che la Commissione di ricorso può esercitare le sue competenze d'ufficio.

⁴² La richiesta contenuta nella risoluzione del Parlamento europeo rivolta al Comitato affinché esamini il *modus operandi* della Commissione nei settori ivi specificati, si riferisce, come si legge nella prima relazione del Comitato, ad un esame delle procedure e prassi della Commissione in relazione “a casi specifici anziché ad un'indagine approfondita nel merito di ciascuno di essi”; quest'ultima indagine, infatti, “significherebbe, in effetti, ripetere l'esame di varie attività della Commissione già svolto dagli organi competenti, quali la commissione per il controllo dei bilanci del Parlamento nonché i dipartimenti della Commissione del controllo finanziario (DG XX) e l'UCLAF”, la polizia europea antifrode.

La prima è in ciò che la chiarezza, l'indipendenza e la profondità delle indagini sui comportamenti dei componenti la Commissione avevano fatto emergere realtà penalmente rilevanti senza margini di dubbio nei diversi casi indagati già nella prima relazione del 15 marzo 1999, con conseguenze distruttive dell'intera Commissione.

La seconda rilevante circostanza è che, dopo una seconda relazione, del 10 settembre 1999, non meno "definitiva" della prima, del Comitato si è persa ogni traccia nella pubblicistica dell'Unione europea⁴³.

La neutralità della funzione del Comitato di esperti indipendenti riflette la sua natura di istanza giustiziale nonostante che l'atto costitutivo parlamentare escluda "poteri di indagine" e precisi che il Comitato non deve cercare di giudicare nel senso giudiziario del termine, né di dare "istruzioni", ma di offrire una valutazione non vincolante (sotto il profilo giuridico o politico) della condotta della Commissione e dei commissari nei casi in esame. Con questi poteri il Comitato esamina il modo in cui la Commissione "individua e affronta frodi, cattiva amministrazione e nepotismi" nell'operato della Commissione analizzato alla ricerca della cattiva amministrazione come definita dal mediatore europeo; irregolarità amministrative, iniquità, discriminazioni, abuso di potere, carenza o rifiuto di informazioni, ritardi ingiustificati.

I poteri sono dunque soltanto accertativi, sulla base di documentazione ufficiale, e consultivi, di conseguenza l'attività propria del Comitato non può che essere considerata una funzione neutrale, priva come essa è della competenza per l'irrogazione di qualsiasi misura al termine delle disamine dei *dossier* giacenti in Parlamento. Sembra quasi che nel delineare il quadro delle competenze della Commissione di esperti, il Consiglio e il Parlamento abbiano inteso realizzare un prototipo di organo neutrale.

Sui "presunti casi di favoritismo" il Comitato ha esaminato per primo il *dossier* intestato al commissario Cresson confermando le coincidenze tra incarichi retribuiti affidati dalla Commissione su proposta della Cresson al suo odontoiatra di fiducia e la somministrazione di cure dentarie in favore del commissario; subito dopo altri 5 casi dal "peso" negativo non meno rilevante, tra quali quello del presidente della Commissione, Santer. Il Comitato ha anche valutato il comportamento dei commissari, quanto a quello per il turismo, riscontrando irregolarità amministrative; il MED dove ha riscontrato la violazione delle più elementari norme sulla concorrenza e dubbi sul conflitto di interessi all'interno della Commissione, pervenendo ad una precisa distinzione tra ruolo e responsabilità dei commissari e responsabilità del collegio; il caso ECHO con l'evidenziazione della responsabilità di alcuni funzionari.

⁴³ In particolare, il presidente della Commissione, il lussemburghese Jacques Santer, si è dimesso con tutto il collegio proprio il 15 marzo 1999, ed è subentrato lo spagnolo Manuel Marín nella presidenza. Pochi giorni dopo il deposito della seconda relazione (10 settembre 1999) anche Marín si è dimesso, lasciando la presidenza a Romano Prodi, subentrato il 17 settembre 1999.

Il programma Leonardo prendendo in esame l'*audit* tenuto da parte dell'unità di *audit* della D.G. XXII sull'ufficio di assistenza tecnica del programma Leonardo e l'*audit* D.G. XX, direzione generale per il controllo finanziario, rilevando la mancata informazione del Parlamento sulle criticità riscontrate e concludendo in senso notevolmente negativo. Ancora sulla sicurezza nucleare, facendo affidamento sulla relazione della Corte dei conti contenente varie censure sui progetti e sui contratti pubblici in materia; ed ha concluso con una rassegna di riforme che Consiglio, Parlamento e Commissione avrebbero dovuto prendere in esame.

Del Comitato è entrato a far parte nell'aprile 1999 il prof. avv. Antonio Tizzano in sostituzione dello spagnolo Juan Antonio Carrillo Salcedo, invariati gli altri quattro, il presidente André Middlehoek, la signora Inga-Britt Ahlenius, il sig. Peter Lelong e il sig. Walter Van Gerven. In questa formazione è stata redatta una seconda relazione, depositata il 10 settembre, sulla riforma della Commissione: "Analisi delle prassi attuali e proposte per affrontare la cattiva gestione, le irregolarità e la frode". Anche in questo caso nel primo volume si documentano accertamenti di realtà scottanti nell'analisi delle due forme principali di gestione dell'amministrazione della Comunità europea, quella diretta, minoritaria e quella ripartita con ciascuno degli Stati membri, entrambe sedi del diritto amministrativo europeo. Anche il funzionamento dei controlli interni e di quello esperito dalla Corte di conti è stato passato al setaccio da parte del Comitato. La critica sull'amministrazione diretta e ripartita è questa volta costruttiva e complessivamente positivo è il giudizio derivante dall'accertamento dell'efficienza degli uffici, almeno relativamente a quelli interni alla Comunità europea. Al controllo della Corte dei conti non si imputa la corruzione che, viceversa, viene dall'alto.

Il Comitato ha pubblicato un secondo volume dove campeggia anzitutto una larga casistica di frode e corruzione che va affrontata nei modi e con le misure considerati e indicati come indispensabili dal Comitato; la critica è qui relativamente positiva. Al setaccio del Comitato sono passate tutte le questioni emerse e non ancora risolte in materia di personale della Comunità europea: il contributo del Comitato è stato in questo caso particolarmente rilevante, in quanto la normativa regolante le posizioni lavorative del personale dipendente -di provenienza da tutti gli Stati membri, ognuno dei quali con un proprio ordinamento di sezione sul lavoro pubblico- era particolarmente differenziata all'interno del ceto dei dipendenti della Comunità, con le inevitabili difficoltà nel passaggio ad un ordinamento uniformante ed unico.

L'ultima tematica affrontata dal Comitato ha un titolo assai significativo incentrato su "Integrità, responsabilità e rendiconto nella vita politica e amministrativa europea"; sta di fatto che anche la seconda formazione della Commissione europea è entrata in crisi, con il cambio del presidente Carrillo Solcedo.

È evidente l'ispirazione britannica della rilevante iniziativa di autocritica istituzionale delle frequentemente contestate istituzioni europee: ad esempio

in materia di corruzione, tipologie, cause ed effetti, ha operato la Commissione Salmon che ha concluso il suo studio nel 1976, preceduta dalla Commissione Redcliffe-Maud concentrata sui problemi che affliggevano le municipalità inglesi, che aveva elaborato un breve ma preciso codice di condotta per gli amministratori e dipendenti degli enti locali inglesi.

Più rilevante e continuo è stato il lavoro della Commissione Nolan, istituita nel 1995 e incaricata di definire i più opportuni *standards in public life*. Nel suo primo rapporto la Commissione Nolan ha affrontato con decisione gli strumenti di prevenzione della corruzione: nascono i codici di condotta, i controlli interni che vengono richiamati da quelli esterni e si incrementa la formazione economico - giuridica dei pubblici dipendenti (non numerosissimi, come è noto). Il rapporto introduce “sette principi della vita pubblica”: altruismo, integrità, oggettività, responsabilità, trasparenza, onestà, direzione. Il primo può sembrare un principio prevalentemente morale più che giuridico, ma si tratta in realtà di una definizione banale della funzione amministrativa, che è funzione proprio in quanto l'organo pubblico deve agire non nell'interesse proprio, ma alieno, pubblico o generale che sia.

Nasce nel 1996 in Inghilterra l'autorizzazione parlamentare all'accettazione di consulenze retribuite in favore dei deputati o dei *lords*, così come il commissario responsabile dell'osservanza del codice di condotta dei parlamentari, principiando dalla pubblicazione dei redditi. Ministri e dirigenti non potranno assumere incarichi di lavoro privato per alcuni anni, una volta lasciata la carica governativa.

Le applicazioni di siffatte iniziative sono state seriamente ostacolate dalla burocrazia e dalla classe politica inglese, ma infine hanno trovato attuazione nella loro parte maggiore. Si tratta dunque di una serie di iniziative disciplinari rientranti nella funzione amministrativa neutrale o presupponenti, in caso di disposizioni di legge, attività di esecuzione amministrativa di natura neutrale, considerate elementi di progresso civile nell'interesse generale.

6. *Le funzioni amministrative neutrali nell'esperienza statunitense*

L'istituzione di autorità indipendenti, in particolare con compiti di regolazione del mercato, ha interessato la gran parte dei sistemi giuridici occidentali ben prima di investire il nostro ordinamento. Si sono ricercate qui le ragioni che sembrano aver presieduto alla loro istituzione, riassumibili in quei fenomeni che la dottrina esemplifica riferendosi ad una frattura del sistema della legalità, ovvero alla crisi della legge o della politica che tipicamente connota le società contemporanee.

A tali esigenze (e a tale crisi) l'ordinamento nordamericano ha risposto, in tempi ben diversi rispetto agli ordinamenti europei, con una politica della regolazione attuata, anch'essa, attraverso la creazione di organismi indipendenti, cui sono state affidate funzioni neutrali che forse potremmo definire di *regulation* delle attività economiche private.

Si tratta delle *Independent Regulatory Commissions*⁴⁴ la cui nascita risale al 1887, quando venne istituita la *Interstate Commerce Commission*, frutto di un compromesso per la soluzione di conflitti sostanziali tra diversi settori economici di interesse pubblico (in quel caso si trattava del conflitto tra grandi compagnie ferroviarie e agricoltori, cui corrispondeva la polemica tra liberisti e interventisti in campo economico⁴⁵).

⁴⁴ Sulle quali cfr. almeno A. FRAAS, R. LUTTER, *On the Economic Analysis of Regulation at Independent Regulatory Commissions*, in *Administrative Law Review*, n. 63/2011; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano 2007; V.B. SANFORD, A. NAWAZ MEMON, R. SKELTON, *Designing an Independent Regulatory Commission*, in *I. Purc-eco. Research Papers*, n. 6/2000; L. BARRA CARACCILOLO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA*, Torino 1997; P. TESAURO, *Le Independent Regulatory Commissions*, Napoli 1966; N. GRECO, *Dal "Regulatory State" all'"Administrative State". Origini, esperienze e crisi delle "Independent Regulatory Commissions"*, in N. Greco (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia. Modelli ed esperienze USA*, Roma 1977;

Le IRC rispondono all'esigenza, già sottolineata da Madison sul finire del XVIII secolo per la quale accanto al "modello maggioritario di democrazia" esiste un correttivo non maggioritario (la rappresentanza democratica degli interessi), particolarmente attento a proteggere tanto le minoranze dalla "tirannia della maggioranza", quanto le funzioni giudiziarie, esecutive e amministrative dalle assemblee rappresentative e dall'opinione incostante della massa. Cfr. la raccolta "*The Federalist*" (*The New Constitution*, Ediz. J. and A. McLean, 1788). Sottolinea A. CIANCICO, *I nodi della governance europea: euro, politica fiscale, bilancio unico dell'Unione. Per una nuova legittimazione democratica della BCE*, in *www.federalismi.it*, n. 16/2015, che le IRC sono state istituite per curare "rilevanti interessi pubblici (intesi, secondo la tradizione anglosassone, come interessi degli amministrati, quali quelli inerenti ai principali servizi pubblici), sottraendoli ad ogni forma di pressione da parte di poteri pubblici o privati", ma che ciò "non ha impedito di affidarne la nomina al presidente, sia pur con il vaglio del Senato, esercitato ora nella forma di 'advise', ora in quella di 'consent'". Peraltro, evidenzia l'a., "la spoliticizzazione di tale forma di controllo sui servizi di pubblico interesse è realizzata attraverso una serie di regole, contenute normalmente nelle leggi istitutive delle varie *Commissions*, volte ad impedire al Presidente forme di ingerenza sulla loro attività successivamente alla nomina".

⁴⁵ Cfr. N. GRECO, *Consistenza, articolazione ed ambiguità della "regolazione"*, in *www.sspa.it/wp-content/uploads/2010*, il quale sottolinea che il modello delle Commissioni indipendenti e della loro funzione "regolatrice" fu scelto e comunque mantenuto a fronte di altri conflitti sostanziali: "quello di una legge generale sulla disciplina del mercato (quale fu nei decenni successivi la legislazione antitrust), quello di un allargamento della potestà regolamentare del Governo in materia economica, quello della statizzazione o nazionalizzazione di determinati settori della produzione e dell'economia". Evidenzia P. DURET, "*Governazione*" mediante agenzie. *Riflessioni in chiaroscuro su uno studio del Conseil d'Etat francese*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2015, che "vanno sottolineate, per concludere, alcune peculiarità che connotano le agenzie statunitensi (specie le *independent regulatory agencies*), le quali in molti

Sebbene comunemente il modello tipo delle odierne autorità indipendenti venga rintracciato proprio nella *Interstate Commerce Commission*, esempi di affidamento ad organi dotati di una relativa indipendenza dall'esecutivo di funzioni pubbliche di vario genere non mancano anche in altri Paesi e in anni precedenti, almeno fin dall'inizio dell'esperienza dello Stato di diritto. A tali organismi, però, non venivano affidati compiti di amministrazione attiva, bensì funzioni consultive, di controllo o di risoluzione di controversie, consistenti soprattutto nella formulazione di valutazioni di carattere tecnico, assai di rado destinate ad incidere in modo diretto ed immediato sulla posizione di soggetti estranei all'apparato amministrativo.

La novità delle IRC comparse negli USA alla fine del 1800, dei *Tribunals* britannici e degli organismi che di lì a poco si sarebbero affermati anche in altri ordinamenti giuridici, risiedeva dunque essenzialmente non già nell'indipendenza in sé, quanto nel fatto che per la prima volta ad organismi indipendenti venissero affidati compiti di regolazione del mercato (fissazione di tariffe o controllo sulla loro congruità, vigilanza sull'espletamento del servizio e adozione dei provvedimenti opportuni in caso di disservizi, ecc.) destinati a tradursi nel potere di emanare atti aventi un'immediata incidenza, anche assai restrittiva, sulle posizioni dei privati in un determinato settore.

Più che nell'indipendenza dal Governo (in sé non particolarmente caratterizzante in un ordinamento come quello nordamericano), dunque, l'elemento di anomalia di questi organismi venne ravvisato nell'ampiezza dei relativi poteri, ossia nel fatto che le leggi istitutive si limitassero ad indicare i fini che le autorità dovevano perseguire, lasciando loro ampia libertà nella scelta dei mezzi per conseguirli⁴⁶.

casi non rispondono all'esigenza di dissociare elaborazione ed attuazione delle politiche pubbliche secondo l'ortodossia del NPM, cumulando viceversa i due ambiti, e, in secondo luogo, si confrontano con un ruolo più marcato del Congresso, affidato ad agguerrite commissioni e sottocommissioni parlamentari, che si spinge fino ad un vero e proprio *legislative veto* rispetto alla loro attività nomopoietica”

⁴⁶ Nell'esperienza statunitense, la costante espansione di questo tipo di organismi, durata fino al secondo dopoguerra, è venuta ad inserirsi in un processo volto a regolamentare il mercato, nel contempo scongiurando gli eccessi e le storture del sistema maggioritario; ciò spiega come alla debolezza del legame con l'esecutivo federale faccia riscontro un controllo penetrante esercitato da parte del Congresso e in particolare del Senato. Anche nel Regno Unito i funzionari delle amministrazioni sono spesso chiamati a rendere conto della loro gestione in apposite audizioni parlamentari. Cfr. M. CLARICH, *Un approccio "madinsoniano"*, in F.A. Grassini (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, Bologna 2001.

In Gran Bretagna le nomine delle cd. *quasi autonomous non governmental organizations* sono essenzialmente governative. Ciò non deve, però, trarre in inganno circa il grado di autonomia di cui godono le cd. *quangos*, poiché è la stessa tradizione costituzionale inglese, che non riconosce un potere amministrativo organicamente strutturato, a funzionare da garanzia. Infatti, quanto ad ambito di azione, le *quangos*

La scelta del modello delle commissioni regolatrici indipendenti consentiva di demandare ad un collegio di esperti, costantemente presenti sul campo, ma sottratti alla diretta influenza del presidente e del Congresso, un intero ciclo regolativo, volto a misurare e controllare gli interventi necessari a fissare l'equilibrio in determinati settori dell'economia, ritenendo che l'obiettività, la

sono sottratte alle dinamiche del confronto tra i partiti e la funzione di carattere *quasi-judicial*, che sono chiamate a svolgere e su cui soltanto il Parlamento può intervenire, tende ad assicurare loro una sostanziale indipendenza, nel senso che non devono rispondere né direttamente né indirettamente del loro operato all'esecutivo.

In particolare, le autorità di regolazione istituite in Gran Bretagna durante i governi Thatcher come strutture destinate a supplire alla crisi del modello ministeriale, pur facendo parte dei *departments*, sono dotate di ampia autonomia funzionale ed organizzativa: all'origine del fenomeno vi era l'esigenza di trovare un nuovo modello di regolazione e di intervento pubblico, atto a fronteggiare una crisi economica che ha inciso fortemente sul *Welfare* e sulla capacità delle istituzioni di governo di guidare con i metodi tradizionali la vita sociale ed economica del Paese. Per questa via si è assistito alla creazione di *authorities* caratterizzate da una posizione autonoma rispetto all'esecutivo, per la regolazione di settori centrali dell'economia e per la tutela di alcuni diritti fondamentali -si pensi anzitutto alle autorità indipendenti per la regolazione delle *public utilities*- dando luogo al fenomeno cd. dell'agenzismo, che ha comportato un netto cambiamento nella definizione delle *policies* di settore.

L'intervento dell'esecutivo è ravvisabile anche in Francia, ma con dinamiche profondamente differenti. Infatti, contrariamente a quanto accade nel Regno Unito, il presupposto dell'interferenza governativa è volto a mantenere la coerenza nel sistema, che corre il rischio di essere irreversibilmente inficiata dall'introduzione di figure amministrative avulse dal tradizionale impianto costituzionale. L'art. 20 della Costituzione del 1958, prevedendo che "*le Gouvernement dispose de l'Administration*", fonda l'ordinamento francese sul principio della responsabilità ministeriale e risulta difficilmente eludibile nella sua laconica chiarezza, specialmente quando conforma l'intera struttura organizzativa nazionale fino ad assurgere a modello culturale. Per un'analisi comparata del fenomeno dell'agenzismo, con riferimento all'esperienza neozelandese, indiana, canadese, nord americana, inglese, svedese, danese, olandese, tedesca, spagnola e francese, si veda P. DURET, "*Governazione*" mediante agenzie, cit.

In tale prospettiva, vanno, quindi, lette le scelte volte ad integrare, o a rendere meno difforme, il paradigma organizzativo delle autorità indipendenti nel sistema amministrativo nazionale. Tuttavia, la scelta, per una soluzione compromissoria è rintracciabile nella presenza in alcune autorità indipendenti di un commissario di Governo tra gli organi direttivi, chiamato a svolgere funzioni consultive nei confronti dell'esecutivo, attuando per questa via una forma attenuata del tradizionale potere di vigilanza. Più concretamente, il *Conseil d'État* ha riconosciuto le amministrazioni indipendenti come parti dell'amministrazione, assicurando così la loro sottoposizione al sindacato giurisdizionale amministrativo, mentre il *Conseil constitutionnel* ha subordinato l'esercizio del loro potere regolamentare e sanzionatorio al rispetto di specifici limiti e modalità di esercizio. Nel contempo le garanzie di indipendenza sono rintracciate nell'estrazione dei membri delle autorità dalle fila della magistratura.

flessibilità e la pragmaticità di un comitato di esperti del settore, soprattutto perché chiamato continuamente a costruire regole e misure, a vigilare sulla loro applicazione, a giudicare in prima istanza sulle controversie, meglio rispondesse alle istanze di neutralità sorte di fronte all'esigenza di risoluzione dei suddetti conflitti⁴⁷.

La connotazione peculiare di questi organismi non va rintracciata, allora, *tout court* nella loro indipendenza⁴⁸, bensì nella caratterizzazione che essi imprimono alla legislazione, affatto diretta a disciplinare nel dettaglio i poteri attribuiti al fine di assoggettarli, ad esempio, all'indirizzo politico, bensì ad investire questi organismi di una *board delegation* nella gestione dei conflitti di settore; ed è questo ampio potere decisionale, conferito per sopperire all'incapacità delle forze politiche di raggiungere una soddisfacente mediazione degli interessi pubblici e privati sottesi alla *regulation*, che giustifica la sottrazione

⁴⁷ Non si trascuri che una simile forma di intervento amministrativo caratterizzato dal potere dell'organo agente di integrare con proprie disposizioni la disciplina legislativa, si è realizzato anche per il perseguimento di finalità sociali, attraverso l'istituzione delle *agencies* incaricate della regolazione della tutela dell'ambiente, della protezione dei consumatori e della garanzia da trattamenti discriminatori in relazione al sesso e alla razza. Sicché si distingue nella letteratura nordamericana, a seconda che si faccia riferimento all'uno o all'altro modello, tra *regulation* economica o sociale.

⁴⁸ Sol che si consideri che, in realtà, essi patiscono una sorta di "doppia dipendenza" dal Congresso che, al fine di impedire eventuali abusi nell'attuazione delle leggi, può adottare leggi delega assai dettagliate, delimitando sensibilmente i poteri delle commissioni, fino a far affiorare una c.d. *Sunset Law* in base alla quale resta assoggettato al gradimento del Congresso la riconferma delle commissioni stesse; e dal presidente che provvede alla loro nomina. Progressivamente, quindi, il requisito dell'indipendenza finisce per perdere importanza di fronte al problema delle regole di procedura e delle garanzie, affrontato però con riferimento alla pubblica amministrazione nel suo complesso più che a taluni specifici organi. L'indipendenza delle IRC, come si è osservato, non sembra costituire un elemento per distinguerle nettamente rispetto al più ampio universo delle *agencies*, poiché anche queste ultime godono, grazie all'ampia discrezionalità che tutte le leggi in materia di *regulation* attribuiscono all'amministrazione, di una libertà di manovra che non è diversa da quella formalmente attribuita alle IRC, e che come quella si esercita sotto le più varie pressioni provenienti dal presidente, dal Congresso, nonché da parte degli stessi interessi disciplinati; sicché la stessa dottrina nordamericana "sembra aver smarrito la ragione dell'indipendenza" attribuita alle Commissioni, che appare come una "qualità sprovvista di reale capacità distintiva nell'ambito degli organismi amministrativi che costituiscono ormai, tutti insieme, il quarto potere dello Stato". Cfr. M. MANETTI, *Poteri neutrali*, cit. e l'ultima opera, di grande interesse, di C. ROMANELLI GRIMALDI, *Le agenzie nella nuova organizzazione dei pubblici poteri*, Torino 1990. Ciò appare del resto connaturato alle particolari caratteristiche dell'amministrazione statunitense, che non nasce come apparato servente del Governo, ma si sviluppa quasi come un'entità indipendente grazie al gioco di spinte contrapposte tra Governo e Parlamento, nel quadro di una costante contrapposizione tra i due poteri per il relativo controllo.

delle *Commissions* alla responsabilità tipica degli organi politici⁴⁹, attraverso l'introduzione di "correttivi" di natura soggettiva, cioè di speciali garanzie di imparzialità e indipendenza a favore dei membri che compongono la commissione, diretti a rafforzare la loro qualità di tecnici o esperti, in sostanza di soggetti originariamente neutrali⁵⁰.

In realtà, soltanto in seguito all'emanazione del *Administrative Procedure Act* (la legge sul procedimento amministrativo del 1946) le Commissioni indipendenti di regolazione acquistano definitivamente le loro tipiche connotazioni: a partire dalla separazione tra i membri incaricati di adottare provvedimenti regolamentari e quelli preposti all'esercizio di funzioni giustiziali⁵¹. Fino alla proceduralizzazione dell'attività delle Commissioni, la Corte suprema aveva rifiutato, infatti, di riconoscere l'esercizio di funzioni giustiziali nell'attività delle *Commissions*, perché carenti delle garanzie formali e procedurali del procedimento giurisdizionale, inclusa la sindacabilità degli

⁴⁹ In questi termini P. TESAURO, *Le Independent Regulatory Commissions*, cit.

⁵⁰ Un fondamentale elemento che concorre a determinare l'effettivo grado di indipendenza di tali organismi amministrativi è il profilo dell'autonomia finanziaria. Chi tiene i cordoni della borsa è, infatti, in grado di determinare a monte gli indirizzi generali, se non le scelte puntuali, dell'autorità. Anche in questo caso è emblematica la forte contrazione subita dal modello americano durante la presidenza Reagan. La politica della *deregulation*, infatti, ha comportato netti tagli finanziari nei confronti delle agenzie indipendenti, come la *Consumer Product Safety Commission*, parallelamente alla creazione dell'*Office of Management Budget*, preposto alla supervisione dei budget delle IRC nel tentativo di influenzarne la gestione. Sotto l'impulso della medesima filosofia, un fenomeno simile si è verificato nel Regno Unito ad opera dei governi Thatcher (1979-1990), durante i quali il sistema dei *quangos* ha subito importanti ristrutturazioni, parallelamente al processo di privatizzazione e allo sviluppo del cd. agenzismo per fronteggiare la crisi economica e la progressiva compressione del sistema di *Welfare*. Cfr. N. MACCABIANI, *Democrazia rappresentativa e solidarietà nella governance europea: una lettura alla luce delle previsioni del Two Pack*, in www.federalismi.it, n. 19/2014.

⁵¹ Data per scontata -dopo qualche iniziale resistenza- l'inevitabilità di simili ampie attribuzioni di poteri l'attenzione si sposta soprattutto sui controlli e sulle garanzie di partecipazione, culminando nell'emanazione nel 1946 dell'*Administrative Procedure Act*, che definisce il procedimento e il regime degli atti amministrativi con una forte attenzione per le garanzie del procedimento e per il ruolo di controllo affidato al potere giudiziario. La legge sul procedimento amministrativo prevede per i procedimenti destinati a sfociare nell'emanazione di atti normativi una procedura di *notice and comment rule making* che muove dalla pubblicazione dello schema dell'atto e si sviluppa con la raccolta delle osservazioni ed è garantito dall'obbligo di motivazione incombente sulle *agencies* in merito al respingimento delle osservazioni più significative. Per i procedimenti di *adjudication*, invece, la procedura di *formal adjudication* si svolge davanti all'*Administrative Law Judge*, un funzionario della *Commission* dotato di notevole indipendenza, secondo un modello di contraddittorio di tipo giudiziale. Il controllo del giudice si svolge in unico grado davanti alla *Court of Appeal*.

atti amministrativi davanti alle Corti ordinarie. La funzionalizzazione delle controversie alla *mission* delle autorità garanti fa sì che ogni *authority* possa conoscere varie tipologie contenziose in relazione alla natura delle parti in causa, ovvero che diversi soggetti possano ricorrere in tale sede per far valere i propri interessi con riferimento alla materia di competenza dell'amministrazione indipendente. In tal modo autorità amministrative vengono ad assolvere una funzione di *dispute resolution*, mentre riescono ad implementare la corretta applicazione delle regole nell'ambito normativo sottoposto alla loro cura: l'autorità si eleva al di sopra dei singoli interessi in conflitto, cercando di comporli nell'ottica della propria *mission*⁵².

Una simile preferenza viene espressa dalla *Commission nationale de l'informatique et des libertés* francese, preposta alla tutela e allo sviluppo dell'informazione e della *privacy*, che nell'espletare la sua *mission* di controllo può agire in via di mediazione, anziché valersi della propria potestà regolamentare. Anche a questo livello, quindi, si verifica quel più generale fenomeno di regressione del potere amministrativo a favore di forme di regolazione non imperative né unilaterali, che trovano nei principi del diritto privato i primi strumenti di attuazione.

In queste occasioni si apprezza la trasformazione del potere autoritativo dello Stato che sembra muovere da una posizione paritaria con i privati, dialogando con costoro in una prospettiva di collaborazione e non di contrapposizione. Si può ben intendere, dunque, la ragione in forza della quale l'emanazione della legge federale americana sul procedimento amministrativo sia scaturita da nette e ferme contrapposizioni nell'economia industriale che hanno visto come protagonisti i portatori di quegli interessi che, sacrificati dalla politica dirigista avviata da Roosevelt, si opponevano allo sviluppo ulteriore di ogni forma di *regulation*: sicché “non essendo riusciti ad ottenere sul fronte della legislazione il rispetto della *substantial due process clause* (che avrebbe impedito le forme più incisive di *regulation*), questi interessi si riorganizzarono per combattere sul fronte procedurale”, con l'intento di costringere l'esercizio della discrezionalità amministrativa in una serie di formalità idonee a consentire la presenza dei soggetti coinvolti nel procedimento amministrativo, ottenendo così la garanzia del contraddittorio nel momento del farsi della decisione.

Per questa via, l'*Administrative Procedure Act*, ha impresso al procedimento amministrativo destinato alla regolazione, la connotazione di strumento fondamentale di risoluzione dei conflitti sociali, in applicazione del principio generale del contraddittorio, quindi introducendo in modo sistematico il dialo-

⁵² La *Federal Energy Regulatory Commission* americana, ad esempio, attiva procedure conciliative finalizzate a favorire l'accordo tra gli operatori di settore, preferendole all'utilizzo dei poteri amministrativi per garantire l'efficienza nell'erogazione dell'energia: un metodo operativo che sostituisce gli *orders*, ossia provvedimenti puntuali, ai *rules* generali consentendo di ottenere il medesimo risultato in tempi più rapidi.

go tra la parte pubblica e quelle private; di conseguenza conferendo definitivamente la necessaria legittimazione alle *Independent Regulatory Commissions* -fino a quel momento messa in discussione dal presidente, dal Congresso e dagli stessi destinatari della politica di *regulation*- attraverso la previsione di una netta distinzione tra *rule making* che si articola intorno all'obbligo di pubblicazione ed alla partecipazione dei privati, mediante la presentazione di osservazioni, e *adjudication* che impone lo svolgimento di un'udienza (dotata di tutti gli strumenti istruttori dell'azione giurisdizionale) di fronte a commissari appositamente nominati ai quali è precluso all'interno dell'Agazia lo svolgimento della funzione normativa.

Le *Independent Regulatory Commissions* quindi, svolgono, oltre all'attività esecutiva delle leggi, anche un'attività regolatoria (o "quasi legislativa"⁵³), in virtù dell'ampia delega (*board delegation*) conferita dal Congresso, a differenza delle *Agencies* (delle quali pure fanno parte) che sono inquadrate nell'*Executive Power*, essendo soggette alle direttive dell'esecutivo presidenziale, pur emanate sulla base "di un rapporto di tipo fiduciario e non gerarchico", quindi nel rispetto dell'autonomia delle agenzie stesse⁵⁴.

Occorre, infatti, sottolineare che accanto al ceppo storico delle *Independent Regulatory Commissions*, l'ordinamento statunitense ha sperimentato ed infine promosso diversi modelli di *Agencies* che sono collocate, però, nella struttura dell'amministrazione pubblica, con funzioni di *administrative regulation*, "nell'ambito della quale hanno vasta applicazione appropriate tecniche regolative"⁵⁵.

Si distinguono tra le *authorities*, le *Independent Agencies* e le *Independent Regulatory Commissions* (che appartengono alla figura delle *Agencies*, tuttavia non svolgono funzioni "quasi legislative"), sebbene si tratti semplicemente di differenti modelli di riforma della pubblica "amministrazione per *Agencies*", tutti istituiti, come si è osservato, per rispondere alle istanze di neutralità del mercato e della società civile⁵⁶.

Le *authorities* sono quegli organismi che si caratterizzano per una forte autonomia -maggiore, ad esempio, rispetto a quella riconosciuta alle *Agencies*- essendo slegate dall'organizzazione dipartimentale, quindi dall'*Executive Power*, pur essendo i loro membri designati (come per le agenzie) dal capo dell'esecu-

⁵³ Cfr. il prezioso contributo di C. ROMANELLI, GRIMALDI, *Le agenzie nella nuova organizzazione dei pubblici poteri*, cit., p. 41.

⁵⁴ E. SPAGNA MUSSO, *Profili costituzionali ed organizzativi della pubblica amministrazione per "Agencies"*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Milano, p. 1119 ss.

⁵⁵ Così N. GRECO, *Consistenza, articolazione ed ambiguità*, cit., p. 37.

⁵⁶ Si veda il *Paper* predisposto per la *International association of centers for federal studies conference* su *Revisiting unity and diversity in federal countries: changing concepts, reform proposals and new institutional realities*, tenutosi a Montreal il 1-2-3 Ottobre 2015, consultabile su www.federalismi.it.

tivo. Esse svolgono funzioni di programmazione e controllo, spesso della stessa gestione dei servizi, nonché compiti di coordinamento delle varie strutture che operano sul territorio, avvalendosi sia di strumenti di tipo privatistico, che del potere regolamentare ed impositivo conferito loro dalla legge. Dotate di personalità giuridica e di autonomia finanziaria, subiscono soltanto un controllo da parte del potere esecutivo, esercitato attraverso il potere di nomina dei componenti e da parte del Congresso attraverso le *Sunset Laws* (o *Bills*) e la possibilità di indire delle *hearings*, udienze conoscitive che possono essere aperte dalle Camere.

Sta di fatto che il modello di attività amministrativa fortemente proceduralizzata imposto dall'*Administrative Procedure Act* del 1946, ha consentito alle autorità amministrative di regolazione, variamente configurate in modelli differenti, di riempire di contenuto utile nell'interesse generale i parametri elastici fissati dalla legge, ricevendo legittimazione in questa attività regolatoria dalla decisione in contraddittorio: infatti anche quando essi abbiano l'apparenza di parametri tecnico-scientifici è ben chiaro che non esistono risultanze oggettive e indiscutibili⁵⁷, poiché tutto si decide in contraddittorio.

L'originario vizio della *board delegation* (quasi una abdicazione del potere legislativo, incapace di determinare nelle sedi istituzionali un soddisfacente compromesso tra le pressioni lobbistiche degli operatori privati e le esigenze del mercato) che caratterizzava i poteri affidati alle *Independent Regulatory Commissions* sembra trovare un adeguato correttivo in un procedimento che, quasi imitando quello giurisdizionale, prevede la comparizione dei diretti interessati di fronte alle autorità di regolazione; determinandosi, per questa via, un'integrazione della legittimazione proveniente dall'alto per la funzione di regolazione oggetto di disciplina legislativa, con la legittimazione dal basso, che proviene da decisioni partecipate e condivise⁵⁸.

Se, dunque, la problematica teorica che concerne il fenomeno dei poteri neutrali può individuarsi nell'incapacità di provvedere alla mediazione e alla sintesi tra gli interessi nelle sedi politiche, l'esperienza di un Paese come quello degli Stati Uniti d'America, dove il pluralismo, in ciascuno dei suoi aspetti fondamentali, è innegabilmente più sviluppato, offre un esempio utile di risposta -almeno parziale e forse troppo limitata al mercato e alla sua economia- alla c.d. crisi della politica.

⁵⁷ Secondo l'impostazione di L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Milano 1986. In particolare sul procedimento in contraddittorio cfr. D. BENOLIEL, *The impact of Institutions on patent propensity across countries*, in www.federalismi.it, n. 20/2014.

⁵⁸ Questa circostanza ha fatto sì che il concetto stesso di interesse pubblico che in passato veniva addotto a giustificazione della politica interventista del Governo federale, subisse una rilevante trasformazione: da criterio guida determinato ed imposto dalla legge come fine ultimo delle attività di regolazione, potenzialmente soggetto all'arbitrio dell'amministrazione, a canone, definito in contraddittorio, sulla base del quale forgiare un assetto degli interessi del tutto imprevedibile da parte della legge, attraverso provvedimenti soggetti, tuttavia, al sindacato giurisdizionale.

CAPITOLO VI

Le funzioni neutrali nel mercato

Sommario: 1. Ricognizione delle funzioni neutrali nell'economia. 2. L'arretramento dello Stato e la produzione di certezze. 3. Le funzioni neutrali della Commissione censuaria centrale. 4. Board delegation e neutralità. Il ruolo dell'ANAC. Cenni. 5. L'“esperto indipendente” e la funzione neutrale. 6. L'arbitro finanziario CONSOB.

1. Ricognizione delle funzioni neutrali nell'economia

È nei rapporti tra lo Stato e l'economia che trovano il loro terreno elettivo le istanze di neutralità e la conseguente nascita di poteri neutrali¹, anche a pre-

¹ Secondo l'espressione di S. CASSESE, *Conclusioni*, in *La deregolamentazione amministrativa e legislativa*, a cura di S. Cassese - E. Gerelli, Milano 1987. Cfr. G. Napolitano - A. Zoppini (a cura di), *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna 2009. Sul trinomio deregolazione- liberalizzazione - privatizzazione come immagine capace di decifrare l'evoluzione del modello di Stato nazionale nel modello di Stato neoliberale, in adesione alle esigenze dell'economia mondiale e ad un nuovo paradigma di sovranità condizionato dalla deterritorializzazione del potere, si veda U. BECK, *Potere e contropotere nell'età globale*, Roma-Bari 2010, p. 338 ss. In M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. econ.*, 3/2012, viene analizzato criticamente il carattere programmatico ed enfatico delle disposizioni sulla liberalizzazione che viene collegato dall'a. alla quasi sempre inutile reiterazione del “disegno liberalizzatore in testi normativi che si susseguono l'uno all'altro a cadenze ravvicinate” (p. 522). Cfr., inoltre, G. VESPERINI, *Le norme generali sulla semplificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2015, p. 629 ss.; N. LONGOBARDI, *La legge n. 124 del 2015: i procedimenti amministrativi e il problema della semplificazione*, in www.giustamm.it, 4/2016; C. ACOCELLA, *Andamenti ondovaghi del programma di semplificazione del sistema delle partecipate pubbliche*, in www.federalismi.it, n. 14/2016; E. SCOTTI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, cit. Sulla nozione “sfuggente” di “liberalizzazione”, perché capace di riassumere fenomeni eterogenei cfr. W. GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in *Dir. econ.*, 2012, p. 113 ss.; F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, in www.rivistacorteconti.it, 2014; M. MACCHIA, *Le partecipate statali: società di mercato o semi-amministrazioni?*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2015, p. 441 ss. Per una individuazione della tutela dei cittadini tra gli obiettivi della regolamentazione si veda G. NAPOLI-

scindere da situazioni di emergenza economica. La constatazione trova una significativa conferma nella circostanza per la quale l'istituzione delle autorità amministrative indipendenti sia avvenuta soprattutto in settori aperti all'esercizio dell'iniziativa economica privata ed abbia coinciso con l'adozione di una filosofia della regolazione del mercato, contrapposta alla "regolamentazione amministrativa di stampo dirigitico"²: questo senz'altro avviene nei sistemi

TANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. 204 ss.; Id., *Le liberalizzazioni tra meccanismi di mercato e strategie di riforma amministrativa*, in F. Liguori - C. Acocella (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo, Quad. della riv. dir. lav. merc.*, 1/2015, p. 236 ss., individua nella deregolamentazione e nella semplificazione un significativo abbattimento degli ostacoli all'ingresso degli operatori nel mercato, nonché in un parziale mutamento nei programmi di riforma che, per effetto anche della crisi economico-finanziaria e della conseguente riduzione della fiducia nel mercato, rimodulano la concorrenza alla luce di obiettivi di sviluppo sostenibile e sociali.

² Ovvero, osserva M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., le istanze di neutralità trovano terreno fertile nei momenti di crisi della politica, "quando la razionalità dei poteri pubblici si offusca, e la legge stenta a realizzare sintesi durevoli e soddisfacenti dell'interesse generale" (p. 9), sicché la risposta dell'ordinamento può risolversi in una "fuga all'indietro" in termini weberiani, "verso il modello dell'amministrazione legale-razionale, nel quale alle regole legali si sostituiscono *in toto* le regole della tecnica", ovvero in una fuga in avanti "verso l'amministrazione etica o informale, che si sottrae al vincolo della previa norma per realizzare in prima persona fini di giustizia" (p.10). Cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Un'introduzione*, Bologna, 2014, 97 ss., il quale si sofferma sulla regolazione definendo la relativa funzione come la "più tradizionale delle pubbliche amministrazioni, quella diretta a imporre la propria autorità perché le libertà costituzionali e comunque i diritti dei soggetti dell'ordinamento vengano esercitati senza pericolo per l'esistenza stessa o la salute e comunque per l'esercizio anche delle libertà e dei diritti degli altri. ... esso viene usato, più o meno propriamente (ma il significato originario non è univoco), per riferirsi genericamente all'esercizio da parte di amministrazioni pubbliche di poteri autoritari". Cfr. anche F. CAPRIGLIONE, *Mercato Regole Democrazia. L'UEM tra euroscetticismo e identità nazionali*, Torino 2013. Secondo D. ROSSANO, *La crisi dell'eurozona e la (dis)unione bancaria*, in www.federalismi.it, n.7/2014, "il sistema così delineato, ..., mostrò le sue lacune al cospetto della recente crisi finanziaria. Invero, il proposito di semplificare le regolamentazioni in materia non fu raggiunto; ed anzi, il modello adottato mostrò poca flessibilità nei rapporti tra le diverse autorità di vigilanza; autorità che, sul piano delle concretezze, finirono per essere moltiplicate". Cfr., da ultimo, con particolare riferimento al d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, di recepimento della direttiva del Parlamento e del Consiglio 2014/59/UE "Bank Recovery and Resolution Directive", A. LUCARELLI, *Il Bail-in paradigma dell'eterno conflitto tra Stato assicuratore e Stato regolatore*, in www.federalismi.it, n. 18/2016 il quale osserva che "L'idea di fondo, dopo la crisi del 2008, parte dal presupposto che se i fallimenti del mercato nell'economia industriale erano stati risolti, dal '29 in poi, attraverso l'intervento diretto dello Stato nella produzione, i fallimenti dei mercati finanziari si sarebbero risolti attraverso la garanzia prestata

ispirati al liberismo economico, retti dalla regola generale in base alla quale l'intervento pubblico deve essere contenuto entro rigidi limiti³, sicché esso non alteri o condizioni le libere scelte sociali e sia svolto per mano di un'amministrazione neutrale, composta da tecnici, profondi conoscitori del mercato e non dediti alla cura di interessi necessariamente generali o di gruppi⁴.

Si tratta di quel modello (o stereotipo che condiziona l'analisi del rapporto tra politica e regolazione⁵) dove il potere delle società multinazionali, che si incrementa di pari passo con il realizzarsi dell'integrazione economica, giunge a conferire loro non soltanto un ruolo di comando nei rapporti economici,

dallo Stato di immettere liquidità nel sistema in crisi: da qui i piani di salvataggio con risorse pubbliche delle banche e degli Stati (immissione di liquidità nel sistema finanziario che molto spesso è stata pagata al prezzo di lunghi anni di *austerità*).

Oggi questa fase sembra chiusa, e il *bail-in* ne rappresenta una delle prove. Sembrerebbe essere ritornati, seppur con molte contraddizioni...allo Stato regolatore, ad una dimensione ordoliberalista della concezione del rapporto tra diritto pubblico e mercato". Ma da ultimo la crisi del Motepaschi di Siena e di tante banche popolari insieme ha riproposto i vecchi problemi, specie per l'incredibile capacità di distruzione delle riserve di ricchezza secolare dimostrata dagli amministratori degli ultimi due decenni del MPS.

³ Per un inquadramento della politica interventista dello Stato nella prima metà del secolo scorso alla luce del principio di socialità, cfr. G. LANDI, *L'organizzazione amministrativa diretta e indiretta, centrale e periferica*, in *Atti del IV Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione* (Varenna 18-20 settembre 1958), Milano 1959.

⁴ Per un'analisi, anche comparata, del fenomeno appena descritto si veda G. MAZZEI, *Il potere sottoposto al controllo di diritto antitrust. Persistenti divergenze tra Stati Uniti, Germania e Regno Unito*, in www.giustammi.it, n. 10/2012 e M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 347 ss.; C. IANNELLO, *Dallo stato erogatore all'impresa privata, ossia dai diritti di cittadinanza ai diritti «individuali» del cliente*, in www.federalismi.it, n. 21/2012; AA.VV., *Evoluzione e riforma dell'intervento pubblico. Scritti in onore di Gilberto Muraro*, Torino, 2013; G. PITRUZZELLA, *Concorrenza e regolazione*, in www.federalismi.it, n.22/2014.

⁵ Cfr. M. D'ALBERTI, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, p. 239 ss. Per la prospettazione in base alla quale la deregolamentazione del mercato è il prodotto della reazione politica alla realizzazione del mercato unico, cfr. A. LO GIUDICE, *L'Europa sociale come risposta alla crisi di legittimazione dell'UE*, in www.federalismi.it, n. 20/2016 il quale sottolinea anche, richiamando l'impostazione di P. ROSSI, *L'identità dell'Europa*, Bologna 2007, che "dal punto di vista di una storia del processo di integrazione europea, occorra leggere la preponderanza del fattore economico alla luce delle condizioni di dissesto materiale diffuse in Europa all'indomani del secondo conflitto mondiale". In questo senso, P. Rossi ritiene che "alla sua base vi era la necessità di ricostruire case e fabbriche, di accompagnare e promuovere la trasformazione di una società ancora largamente contadina in una società industriale, di accrescere la produzione, di regolare il processo di urbanizzazione e lo spostamento di masse di lavoratori dalle regioni del Sud a quelle più progredite del Nord, di favorire nuovi consumi e quindi nuovi stili di vita" (p.160-161).

ma anche la capacità di condizionare fortemente la definizione delle regole del mercato; corollario di questo sistema sarebbe la completa separazione della regolazione dall'indirizzo politico, in virtù della negazione di un interesse pubblico slegato da quello collettivo degli operatori economici⁶ per definizioni forti nel resistere ad eventuali condizionamenti governativi ordinari.

⁶ Sull'esigenza della separazione tra politica e amministrazione i contributi della dottrina sono innumerevoli. Si rinvia ai contributi di S. JOSÉ BERMEJO VERA, *Imparzialità v. indirizzo politico, le variabili del rapporto tra politica e amministrazione nella dinamica delle istituzioni*, in *Dir. amm.* 2007, p. 16 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. proc. amm.* 2007, I, p. 97 ss. ove si evidenzia che con l'affermazione dello Stato di diritto, la verifica della legittimità dell'operato dei pubblici poteri passa in primo luogo da una valutazione di conformità alla norma giuridica; sicché "la legalità del potere è divenuta sinonimo della sua intrinseca legittimità"; Id., *"Atto politico" e interesse pubblico*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit.; E. FOLLIERI, *Politica e amministrazione nella Costituzione*, in *Costituzione e ordinamento giuridico*, Milano 2009, p. 63 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione nel dettato della costituzione e nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in www.federalismi.it, n.3/2009; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione: tra atti "politici" e atti di "alta amministrazione"*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli 2012, p. 161 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La definizione dell'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, *ivi*, p. 243 ss.; S. BATTINI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2012; C. COLAPIETRO, *Politica e amministrazione: riflessioni a margine di un rapporto controverso*, *ivi*, n. 10/2012; E. FOLLIERI, *Il deficit di democrazia nella legislazione, amministrazione e giurisdizione*, in *Diritto e processo amministrativo* 2013; M. LUCCA, *Separazione di competenze e nomina ad personam*, in www.lexitalia.it, n. 9/2013; S. Battini, L. Fiorentino, L. Casini (a cura di), *Venti anni di "politica e amministrazione" in Italia*, IRPA 2014 Working Paper, in www.sna.gov.it; G. PIACENTE, *Atti politici e tutela giurisdizionale. L'ultimo diritto*, in www.federalismi.it, n.7/2015; P. QIUNTO, *I magistrati nell'amministrazione attiva ed il codice degli appalti*, in www.lexitalia.it, n. 6/2016; A. VETRO, *Lo schema di decreto legislativo riguardante la disciplina della dirigenza della Repubblica in attuazione della legge delega n. 124/2015, dopo il parere del Consiglio di Stato e la sentenza della Corte cost. n. 251 del 2016*, in www.lexitalia.it, n. 11/2016; N. NIGLIO, *Il principio di separazione tra indirizzo politico-amministrativo e gestione nella P.A., tra organi di governo e dirigenza pubblica; l'obiettivo di un equilibrio impossibile*, *ivi*, n. 7/2016.

In giurisprudenza v. per tutti Corte cost., 9 giugno 2015, n. 108 che rileva come la separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa costituisce, "secondo il costante orientamento di questa Corte, «un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost. L'individuazione dell'esatta linea di demarcazione tra gli atti da ricondurre alle funzioni dell'organo politico e quelli di competenza della dirigenza amministrativa, però, spetta al legislatore. A sua volta, tale potere incontra un limite nello stesso art. 97 Cost.: nell'identificare gli atti di indirizzo politico amministrativo e quelli

Al contrario, quando il governo dell'economia da parte delle istituzioni pubbliche si esprima con forza condizionante la piena libertà delle *private choisis*, dunque nei sistemi interventisti, dove l'esigenza di condizionare le decisioni in materia economica all'interesse generale fissato dagli organi rappresentativi, per sottrarle all'arbitrio degli operatori privati, fa da sovrana, si realizza il modello della programmazione basata sul *command and control*⁷, nel quale la regolazione è condizionata (addirittura *corrotta*) dal primato della politica⁸: qui soddisfare le istanze di neutralità determinerebbe l'insorgere di aspetti contraddittori che indurrebbero a minimizzare l'importanza, fino a negare la legittimazione dei poteri neutrali all'uopo istituiti.

È opinione comune che il problema dell'autonomia della pubblica amministrazione rispetto al potere politico debba essere necessariamente affrontato anzitutto in senso "verticale", ossia mediante la ricerca di rimedi idonei a pre-

a carattere gestionale, il legislatore non può compiere scelte che, contrastando in modo irragionevole con il principio di separazione tra politica e amministrazione, ledano l'imparzialità della pubblica amministrazione» (ex plurimis, sentenza n. 81 del 2013) (p. 7).

⁷ Sul superamento del sistema del *command and control* nella gestione dei servizi pubblici locali, sostituito da un meccanismo di premialità per il ricorso al mercato come criterio di preferenza per l'attribuzione di risorse pubbliche, F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali, cit.*, sicché "l'affidamento del servizio secondo procedure competitive di evidenza pubblica (esternalizzazione), pare destinato a diventare il modulo normale e privilegiato di gestione del servizio, mentre il modulo alternativo dell'affidamento diretto a società *in house* (internalizzazione), si configura come sistema eccezionale e derogatorio" (p. 15). Secondo A. BARONE, *Le fonti di energia tra gestione precauzionale e diritto giurisprudenziale, cit.* tra le "principali tendenze ordinarie rispetto alle nuove esigenze di gestione dei rischi da incertezza scientifica", è senz'altro da annoverare "il rapporto pubblico - privato inteso non soltanto in termini di *command and control*, ma anche nell'ottica della cogestione del rischio". Ancora, evidenziano come l'introduzione "di regole volte a orientare la committenza pubblica nelle procedure di acquisto", mostri una evidente tendenza dell'ordinamento "di volere attingere ai vari modelli giuridici, uscendo anche dai confini del *command and control* per spingersi nel terreno dei *market based tools*" F. FRACCHIA e P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare, cit.*

⁸ Cfr. S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, Bologna 2013, p. 15 e le cinque categorie di amministrazione globalizzata nella quali l'a. raggruppa tutti i numerosissimi regimi regolatori internazionali vigenti oggi. Cfr., inoltre, S. AMOROSINO, *L'amministrativizzazione del diritto delle imprese*, in *Dir. amm.*, n. 3/2011, p. 273 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il significato dell'ideale del "governo delle leggi" (rule of Law)*, *ivi*, n. 1/2011, p. 29 ss.; F.A. ROVERSI MONACO, *Gli interventi pubblici in campo economico*, in L. Mazarroli - G. Pericu - Alb. Romano - F.A. Roversi Monaco - F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Tomo II, Bologna 2005, pp. 71 - 129; C. BENTIVOGLI - S. TRENTO, *Economia e politica della concorrenza: antitrust e regolamentazione*, Roma 2005; F. MERUSI, *Le leggi nel mercato*, Bologna 2002; F. SALVIA, *Il mercato e l'attività amministrativa*, in *Dir. amm.* 1994, p. 541 ss.

servare l'attività di amministrazione (“nel suo momento operativo”) dalle ingerenze della politica che “permea l'attività di governo per sua stessa natura”⁹: sicché siano assicurate l'imparzialità, garantita attraverso una gestione amministrativa -una volta che il Governo abbia individuato le linee politico-amministrative dell'azione amministrativa- indirizzata verso tutti i componenti della società civile, senza alcuna discriminazione, nonché il buon andamento, garantito dal possesso di cognizioni tecniche, specialistiche e professionali da parte (soltanto) dell'apparato tecnico amministrativo -e non esigibili dal personale, non lo si trascuri, che costituisse il ceto politico- rispondendo esse ad un criterio idoneo ad individuare precise sfere di responsabilità.

Si giustifica, così, la nascita di organismi indipendenti che non rientrerebbero punto nei poteri amministrativi, bensì apparterrebbero al diritto costituzionale rappresentando storicamente un'alternativa al *governo economico* esercitato mediante la pianificazione; poteri cioè connaturati all'economia di mercato in una partita che si gioca tra soggetti uguali, sul piano della concorrenza *regolata*.

Nel passato considerata episodicamente, l'ingerenza pubblica nell'economia nello Stato pluriclasse è andata via via istituzionalizzandosi attraverso una serie di strumenti giuridici ed economici che hanno dato luogo, se lo Stato non assorbiva in sé tutta l'esperienza comune, a quello che è stato definito un sistema particolare di economia mista.

In realtà, la stessa definizione del nostro sistema economico-giuridico come sistema ad economia mista è risultato il frutto di un'approssimazione, essendosi mostrata più fedele alla sistemazione costituzionale della disciplina dei rapporti economici fondamentali nel nostro ordinamento giuridico la configurazione dell'intervento pubblico nell'economia come frutto di una scelta discrezionale compiuta con atti di oggettiva e soggettiva natura politica¹⁰ e legata ad un'interpretazione contingente dell'interesse pubblico intorno all'i-

⁹ Secondo l'esemplificazione di V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere e società civile*, in *Foro amm.* 1997, p. 347, dove si ricorda come Costantino Mortati si sia occupato della garanzia dell'indipendenza dei funzionari pubblici rispetto all'influenza dei partiti politici, osservando in Assemblea costituente la necessità di prevedere rimedi in questo senso e che si pensasse ad un ordinamento amministrativo per il quale la responsabilità in determinati settori della vita amministrativa fosse affidata a detti funzionari e ai capi servizio, poiché la differenza tra funzionario pubblico e pubblico impiegato risiede nel fatto che il primo compie sempre un atto di volontà in nome dello Stato. Cfr. *Atti della II sottocommissione, I sezione, n.15, seduta del 14 gennaio 1947.*

¹⁰ Si tratta dell'ideologia propugnata nelle teorie neolibericistiche della Germania degli anni Ottanta, dopo la constatazione del fallimento della teoria keynesiana della “economia mista”, dalle quali emergono istanze che promuovono l'idea di un “diritto minimo”, che si identifica spesso con il diritto privato secondo l'impostazione U. BRECCIA, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 202 ss.

dentificazione dell'utilità sociale quale limite dinamico alla libertà d'iniziativa economica privata che costituisce il valore di base sul quale è costruita l'economia nazionale¹¹.

Il "diritto sociale", già dall'inizio del secolo scorso ha pervaso l'amministrazione centrale della pubblica amministrazione, in quella periferica essendo stato sempre presente, sia pur in forme e limiti talora esigui e, soprattutto, troppo spesso quasi sempre *praeter legem*. A misura che la popolazione si addensava nelle città a scopo lavorativo secondo il flusso demografico tipico della prima civiltà industriale, lo Stato ha avvertito di dover assumere responsabilità sempre nuove e crescenti nei confronti dei cittadini: è proprio in questo contesto che si è affermato lo spazio dommatico della programmazione o pianificazione economica.

L'estrema diversità di ruolo attribuito al piano economico nello Stato sociale pluriclasse rispetto a quello che esso riveste nei sistemi collettivistici monoclasse o sostanzialmente oligarchici è immediatamente evidente: mentre, infatti, i secondi devono assorbire in se stessi ed esprimere ogni iniziativa produttiva per sopravvivere nella monade economica, il primo utilizza la programmazione per assolvere adeguatamente al compito d'intervento che avverte come proprio, soprattutto per bilanciare, mediante l'appropriazione -a scopo di regolazione e guida- di alcuni elementi del sistema economico, la responsabilità socio-politica che esso assume in termini generali come garanzia della continuità sostanziale dello sviluppo in

¹¹ Il principio di libertà dell'iniziativa economica campeggia, infatti, nell'esordio dell'art. 41 Cost. con la qualificazione di privata che sembra volerla già lì contrassegnare -come nel confronto tra proprietà privata e pubblica cui è dedicato l'articolo successivo- in senso dialettico rispetto a quella pubblica. Evidentemente, soltanto una finalità di concreto e reale interesse pubblico avrebbe potuto -come l'esperienza giurisprudenziale della Corte costituzionale avrebbe poi confermato- condizionare l'attività privata, limitandola. Si vedano le considerazioni di G. PERICU - M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in M. P. Chiti - G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano 2007, p. 1205 ss.; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.* 2008, p. 121 ss.; A. ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir., Annali*, Milano 2010, p. 805 ss.; E. CARDI, *Mercati e istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino 2009, con particolare sguardo all'*Introduzione*, p. 1-39, dove si analizza la relazione tra mercati e istituzioni con un ricco contenuto di osservazioni della realtà dei vari sistemi economici tra "fallimenti del mercato e fallimenti dell'intervento pubblico"; G. ROSSI, *Pubblico e privato nello squilibrio fra economia e istituzioni*, Relazione presentata alle *Giornate di studi* in onore di Guido Corso, Palermo 12-13 dicembre 2014, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2, 2015. Da ultimo cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino 2016, spec. cap. I che analizza le forme e gli scopi dell'azione pubblica dell'economia (p. 1-26) e nella seconda parte, l'economia di mercato aperta (p. 27-38).

favore dei cittadini ed in termini particolari come garanzia della loro massima occupazione¹².

¹² Per un'analisi del fenomeno dell'intervento dello Stato nell'economia aggiornata alle esperienze dei giorni nostri, con particolare riferimento al settore della concorrenza nello scenario europeo, cfr. M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo tra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 1/2008, p. 51 ss. Sulla stessa linea G. URBANO, *Le regole comunitarie sulle società pubbliche: tutela della concorrenza, golden share e aiuti di stato*, in www.giustamm.it, ottobre 2012 e A. ARGENTATI, *La "tutela della concorrenza" a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, *ivi*; G. CERRINA FERONI e G. F. FERRARI, *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Torino 2012; F. SAITTA, *Quando l'esigenza di tutela della dignità fonda, nell'emergenza economica, la competenza statale*, in *Giur. cost.*, 1/2010, con particolare riferimento alle soluzioni accolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 10/2010 in materia di *social card*: "l'intervento diretto dello Stato, quando non si fondi esplicitamente sui meccanismi tracciati dall'art. 120 Cost., dovrebbe trovare giustificazione solo in particolari condizioni d'urgenza, le quali, secondo più complessi itinerari interpretativi, consentirebbero di legittimare che un'attività di mera determinazione possa trasformarsi fino a ricomprendere, seppure transitoriamente, anche l'esercizio di funzioni operative inerenti l'erogazione delle prestazioni" (in termini D.M. CARUSO, *Diritti sociali, risorse e istituzioni: automatismi economici e determinismo politico di un sistema complesso*, in www.federalismi.it, n. 4/2016; S. MANFREDA, *La tutela della concorrenza in tempo di crisi*, *ivi*, n. 20/2013; A. CANDIDO, *L'impatto della crisi sulle autonomie: prospettive de iure condito e de iure condendo*, *ivi*, n. 9/2014; E. di CARPEGNA BRIVIO, *Quali prospettive per le autonomie locali dopo l'introduzione dell'equilibrio di bilancio?*, *ivi*, n. 17/2015, la quale rileva (sulla scorta delle riflessioni di G. BERTI, *Governo tra Unione europea e autonomie territoriali*, in *Le Regioni*, 2002, I, p. 9 ss. e Id., *Democrazia, pluralismo e sistema economico (le Costituzioni e l'Unione Europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1996, p. 1141 ss., che "le nuove norme in materia di equilibrio di bilancio sembrano introdurre, nel tessuto della Costituzione, elementi nuovi, che rafforzano il collegamento tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale e contemporaneamente avviano una fase di realizzazione dei diritti sociali in cui, più che l'intervento dello Stato nell'economia, sembra contare soprattutto il positivo inserimento dell'economia italiana in un sistema di servizi e di opportunità dal carattere potenzialmente cosmopolitico". Con particolare riferimento al settore del trasporto ferroviario, osserva M. GIACHETTI FANTINI, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario: l'esperienza italiana nel contesto europeo*, in www.federalismi.it, n. 5/2016, che esso "assume valenza paradigmatica nel diritto pubblico dell'economia in quanto...rappresenta un classico esempio di intervento statale nell'industria di pubblica utilità ed evidenzia le difficoltà di adattamento degli Stati membri alle pressioni di liberalizzazione provenienti dall'Unione europea. In particolare l'esperienza italiana di liberalizzazione del trasporto ferroviario dimostra come sussistano resistenze nazionali all'attuazione dell'indirizzo europeo, volto a ridurre l'ambito operativo dei pubblici poteri e a coniugare la protezione della concorrenza con le garanzie della collettività nel mercato dei servizi di interesse generale".

Quelli che sono stati definiti compiti di benessere molto spesso si sono tradotti in grandi organizzazioni produttive di servizi (si pensi alle municipalizzazioni del trasporto urbano ed extraurbano di persone e di merci; al settore dell'energia elettrica, dell'istruzione e della sanità pubbliche, delle trasmissioni via etere dell'attuale posizione centrale assunta dalle reti delle reti, internet, nell'organizzazione amministrativa¹³) e meno frequentemente di beni (strade, acquedotti, scuole, aeroporti, mercati e cimiteri comunali, centrali comunali del latte) che i cittadini dello Stato pluriclasse hanno preteso dai pubblici poteri.

Questi ultimi, infatti, sono entrati nell'economia nella duplice forma dell'intervento diretto e indiretto con il fine -invariabile nelle due forme- di giovare all'interesse pubblico: sulla base di leggi che ne hanno predeterminato i procedimenti, le autorità amministrative sono intervenute, ad esempio, per impedire che gli effetti del libero mercato potessero riverberarsi in danno dei cittadini quanto al prezzo dei generi di prima necessità (è il caso dei prezzi controllati o amministrati), ovvero per controllare -limitandola nei possibili eccessi dannosi anche secondo le stesse leggi di mercato- la quantità di esercizi industriali o propri del settore terziario dell'economia, orientando con incentivi e talvolta divieti parziali le attività produttive; fino a pervenire, in una scala di intervento sempre più marcata, alla costituzione di enti economici o ad altri strumenti di equivalente effetto come l'acquisto di azioni, ovvero la costituzione di società a capitale misto per il diretto ingresso pubblico nell'attività di produzione o di scambio di beni e servizi¹⁴.

Al polo opposto di quella propria dei governi che praticano principi che esauriscono nello Stato tutta l'esperienza giuridica del cittadino e sono perciò

Sulla necessità di abbandonare le politiche dirigistiche, promuovendo il libero mercato, in particolare, attraverso l'adozione di atti amministrativi suscettibili di verifica dal punto di vista della funzione, si veda F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.* 2007, p. 427 ss.; Id., *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, ivi 2004, p. 37 ss.

¹³ Sul tema si veda *infra*, Capitolo VIII.

¹⁴ G. GRECO, "Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico", in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, p. 839 ss.; Id., "Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti <<in house>>: ampliamento o limitazione della concorrenza?", ivi, 2005, p. 61 ss.; A. ANGIULI, *La società in mano pubblica come organizzazione*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli 2010, vol. I, p. 157 ss.; M. Cammelli - M. Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino 2008; D. Dominichelli (a cura di), *La società pubblica tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova 2008.

Particolarmente critico M.P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.* 2009, p. 1115 ss.; E. CARDI, *Mercati e istituzioni in Italia*, Torino 2009; G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di spa. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino 2009; M.G. DELLA SCALA, *Organismo di diritto pubblico*, in *Dig. IV, Disc. pubbl.*, vol. aggiornamento IV, Utet 2010.

definiti totalitari, si colloca il tipo di governo “*liberal*” nel quale l’intervento del pubblico potere sui rapporti economici è rigorosamente limitato ad eventuali *guide-lines*, semplici direttive governative che tendono soltanto a “sorvegliare” il mantenimento di un rapporto proporzionato tra l’aumento della produzione, dei salari e dei prezzi; e che garantiscono siffatto equilibrio con l’uso di strumenti di persuasione politica da parte dell’organo responsabile della politica nazionale, per solito il presidente o il *premier*, senza un riferimento a predeterminazioni normative di sorta.

È dunque nell’analisi dei valori sottesi all’intervento pubblico nell’economia e negli obiettivi che questo si prefigge di realizzare che si può apprezzare l’insorgere di istanze di neutralità: le tematiche connesse ai problemi dello Stato sociale e di quello neocorporativo, danno abbrivio all’esigenza di riduzione degli spazi riservati alla politica, cioè di attenuazione del ruolo del diritto autoritario dello Stato, in favore ad esempio della sussidiarietà nei rapporti tra iniziativa economica pubblica e privata, realizzata attraverso la *deregulation* del mercato¹⁵.

Ad istanze di tal fatta si affiancano quelle provenienti dalle impostazioni neoistituzionalistiche che, contrapponendosi alla radicale semplificazione (confluente quasi nell’amputazione dei valori non economici) propugnata dai sostenitori del diritto (e dello Stato) minimo, rispondono alle istanze che la società post-industriale avanza nei confronti dello Stato, proponendo che il potere pubblico si faccia “garante di determinati valori e standard minimi, fissando altresì una rete di regole procedurali all’interno delle quali i soggetti sociali possano discutere l’assetto degli interessi”¹⁶.

¹⁵ Si vedano sul punto le considerazioni di M. A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico - privato nell’evoluzione normativa*, in www.federalismi.it, n. 3/2012 e di F. CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, pp. 143 ss., Torino 2010. Sul partenariato cfr. gli studi di G. NAPOLITANO; C. ACCOCELLA, *Andamenti ondovaghi del programma di semplificazione delle partecipate pubbliche*, in www.federalismi.it, n. 14/2016; D. ANSELMINI, *L’affidamento a società miste*, in A. Vigneri, M. Sebastiani (a cura di), *Società pubbliche e servizi locali*, Rimini 2016, p. 234 ss.; C. MERANI, *Brevi riflessioni generali sul nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.lexitalia.it, n.6/2016.

¹⁶ L. MENGONI, *La questione del “diritto giusto” nella società post liberale*, in *Rel. ind.*, 1988, p. 25. Si veda *amplius* su questi temi, in termini assai problematici, l’accurata analisi critica di F. MERUSI, *Conclusioni*, Convegno AIPDA su *Analisi economica e diritto amministrativo*, in *Annuario AIPDA 2006*, Milano 2007, p. 311 ss., nonché F. MERUSI - G. C. SPATTINI, *Intervento pubblico nell’economia*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano 2006; F. MERUSI, *La legalità delle autorità indipendenti. Atto amministrativo e negozi di diritto privato*, in *Id.*, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna 2007, p. 65 ss.; M. AINIS, *La semplificazione complicante*, *cit.*; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna 2014; si vedano, inoltre, gli *Atti*

In questa prospettiva trovano spazio istituzioni dirette a consentire il dialogo tra soggetti (attraverso forme sociali di autodisciplina, ovvero attraverso l'amministrazione giustiziale), configurando un'amministrazione neutrale che mantenga "un atteggiamento di imparzialità rispetto ai contendenti e ai diversi valori e interessi dei quali sono portatori", ma non indifferente rispetto all'esigenza di tenere ferme le scelte fondanti dell'ordinamento giuridico¹⁷.

Sembra, viceversa, seguire una tendenza alla soppressione di ogni ingerenza autoritativa dello Stato quella prospettiva che propugna da molto tempo una collocazione paritaria dei pubblici poteri rispetto ai cittadini, sicché le scelte di governo diventano il frutto di decisioni condivise, derivanti dall'interazione tra interessi pubblici e privati, realizzata attraverso il dialogo tra i soggetti dell'ordinamento giuridico che consente di "eliminare le gabbie costituite dalle rappresentanze di interessi istituzionalizzati, ma anche di superare i vincoli imposti dal principio di legalità"¹⁸. In questa prospettiva lo Stato -diremmo più agevolmente lo Stato del *welfare*- perde ogni pretesa autoritativa, rinunciando ad imporre le sue scelte politiche e diventando strumento delle esigenze sociali, rappresentate da singoli o gruppi a vario titolo omogenei di cittadini, fino ad assumere nell'economia una veste che deve definirsi -di necessità- neutrale.

L'evoluzione del sistema, sempre più condizionato dal diritto comunitario, dalle sue precise caratterizzazioni in termini di libertà di iniziativa e di concorrenza degli operatori economici ha implicato la rinuncia drastica alle forme di vetero-assistenzialismo in favore delle imprese, assistenza soprattutto finanziaria diretta (come nel caso dei contributi) o indiretta (come nel caso delle esenzioni, deduzioni o rateizzazioni fiscali) atta ad alterarne la condizione di parità nel rispettivo mercato (fino a configurare *injure* ogni intervento statale di tipo sovventivo dell'economia nazionale); ed ha portato già negli anni Novanta alla istituzione di numerose autorità indipendenti, in seguito all'enfaticizzazione dell'idea di una *regolazione neutrale* slegata dalle scelte di priorità proprie dell'indirizzo politico.

del 60° Convegno di studi amministrativi, *Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese*, Varenna, 20 settembre 2014, Milano 2015. Tra i contributi più chiari sulla rilevanza del metodo per lo studio dell'amministrazione e del diritto amministrativo cfr. A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.* 2002, p. 11 ss.

¹⁷ Ma vedi J. G. MARCH - J.P. OLSEN, *Riscoprire le istituzioni. Le basi organizzative della politica*, Bologna 1992 per i quali l'integrità richiesta a tali istituzioni non equivale alla mera neutralità, perché esse si fanno portatrici di "una serie di valori pubblicamente definiti e difesi".

¹⁸ G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, p. 17 ss.; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino: tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia 1994; ma vedi già Id., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova 1975.

La premessa intrisa di cultura politica, in base alla quale lo Stato deve (*bongrè malgrè*) imporre il perseguimento di obiettivi economico-sociali determinabili a discrezione delle forze di maggioranza che governano le scelte politiche, cede dunque il passo alla convinzione -ferma nell'ordinamento comunitario- che il mercato non possa essere diretto, bensì eccezionalmente, soltanto regolato¹⁹ e che questa regolazione possa essere realizzata soltanto attraverso la (almeno progressiva, ma alla fine) massima estraneazione del potere politico dalla gestione dei diversi settori economicamente rilevanti. Quest'ultimo approdo ha implicato a sua volta la conseguenza che l'interesse pubblico non trova più -o almeno non più necessariamente- il suo unico referente in uno Stato - governo che lo riempia di contenuti, ma si realizza nell'esperienza giuridica nella veste evoluta dell'interesse generale con la predisposizione di strutture nuove e indipendenti -regolatori, arbitri e gestori, anche con regole originali dettate all'interno di un mercato rilevante per prevenire o sanare squilibri e pregiudizi all'interesse generale- che diventano assai spesso giudici delle scelte effettuate dal governo.

Si perviene, così, all'idea di istituire organismi in parte simili alle *Independent Agencies* nordamericane per far fronte al sovraccarico di compiti assunti dallo Stato che quest'ultimo, tuttavia, non è in grado di fronteggiare garantendo *standard* minimi di efficienza, tanto da trasformare l'intervento pubblico in un fattore di squilibrio e di spreco piuttosto che di razionalizzazione dell'assetto sociale: l'esigenza di ridurre i compiti statali, sostenuta dalla riscossa del pensiero liberistico non ha, infatti, una valenza puramente organizzativa, ma si rivolge alle non poche esperienze fallimentari dello Stato sociale, alla sua pretesa finalità programmatica generale che ha finito per renderlo responsabile principale dello sviluppo complessivo dell'economia e

¹⁹ Cfr. G. AMATO, *Il mercato e la Costituzione*, in *Quad. costituz.*, 1992, n. 1, p. 7 ss.; C. Rabitti Bedogni - P. Banucci (a cura di), *Vent'anni di antitrust*, Torino 2010, in particolare i contributi di N. OCCHIOCUPO, *Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale* (p. 197 ss.); G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici, diritto della concorrenza e funzioni dell'Autorità garante* (p. 761 ss.); A. POLICE, *Il potere discrezionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato* (p. 369 ss.); M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni* (p. 97 ss.); E.M. MARENGHI, *Il diritto ai tempi della crisi: la regolazione possibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 1 2010; F. CINTIOLI, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in *www.federalismi.it*, n. 11/2012; L. DELLA LUNA MAGGIO, *La crisi del diritto nei meccanismi di regolazione finanziaria*, in *www.federalismi.it*, n.1/2014; R. BOYER, *Economie politiques des capitalismes, Theorie de la regulation et des crises*, 2015, La decouverte; G. PITRUZZELLA, *Concorrenza e regolazione*, cit.; M. GIACHETTI FANTINI, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario: l'esperienza italiana nel contesto europeo*, cit.; P. DE IOANNA, *Tempo ed equilibrio: due dimensioni cruciali nella disciplina costituzionale del bilancio pubblico*, in *www.federalismi.it*, n. 13/2016; G. TORELLI, *Le autorità portuali e l'attuazione del principio di concorrenza*, in *www.federalismi.it*, n. 23/2016.

della stessa società, “opponendovi le doti di efficienza del mercato e le virtù auto-organizzative della società”, fino ad allora sacrificate al dirigismo e al paternalismo dell’amministrazione²⁰.

L’esigenza, così connotata, di riduzione dei compiti statali, mediante la trasformazione dell’interesse pubblico, nei rapporti rilevanti sul piano economico tra Stato e cittadini approda alla necessaria eliminazione del dirigismo e della burocratizzazione, nonché dei “fini sociali” di cui i primi costituiscono uno strumento, per lasciare che il mercato, i singoli consumatori e utenti che ne fanno parte, individuino i propri bisogni, attivandosi autonomamente per la loro soddisfazione²¹. Eppure, in questa fase in cui l’Europa guarda in misura rilevante all’esperienza statunitense, al suo modello non interventista e fautore del pluralismo e dell’iniziativa privata²²,

²⁰ Così M. MANETTI, *Poteri neutrali, cit.*, p. 96, la quale osserva che “ciò che viene messo in discussione (e non solo dai neoliberalisti) è la pretesa dello Stato di continuare ad occupare una larghissima fetta di settori sociali, in nome di interessi generali, che nessuno riesce più ad immaginare al riparo non solo dalla negoziazione con i gruppi sociali ‘esterni’ (secondo la critica ormai consolidata della c.d. policrazia, dove la società corrompe lo stato, parcellizzando l’interesse pubblico generale), ma anche dalla pressione dei poteri che si sono fatti pubblici, occupandolo dall’interno (in base alla critica della c.d. partitocrazia, dove è ormai lo Stato a corrompere la società)”.

²¹ Si vedano le considerazioni di M.A. SANDULLI, *Introduzione al tema*, in Id. (a cura di), *Codificazione, semplificazione amministrativa e qualità delle regole*, Milano 2005, nonché i contributi ivi contenuti, incentrati sulla qualità della regolazione e sull’influenza che su quest’ultima esercita la semplificazione (parte III, sez. I con introduzione di G. ROSSI e sez. II, con introduzione di F. BASSANINI); R. FERARA, *Qualità della regolazione e problemi della multilevel governance*, in *www.giustamm.it*, n. 6/2005; E. FOLLIERI, *I principi generali delle Direttive comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2015, evidenzia come la “sovraabbondanza normativa -oltre a non porsi in linea con le esigenze di semplificazione, flessibilità e qualità della regolazione degli appalti richieste agli Stati membri dal diritto comunitario- è stata causa di un nutrito contenzioso per l’obiettivo difficoltà ed incertezza dei dati legislativi e amministrativi di riferimento che hanno determinato problemi applicativi sia all’amministrazione che agli operatori economici”.

²² Per tutti sul tema, cfr. G.M. ROBERTI, *La dimensione europea della politica di concorrenza*, in *www.federalismi.it*, n. 3/2012, il quale rileva come tali processi “non siano sempre esenti da zone d’ombra: fatta eccezione per le ipotesi in cui vi è l’intervento del legislatore europeo, in tutte le altre prospettive “l’evoluzione dell’ordinamento europeo - e le conseguenti mutazioni indotte di quello nazionale - sono per lo più riconducibili a determinazioni o della Commissione o di autorità nazionali, cd. indipendenti, che operano in un quadro sostanziale, procedurale ed istituzionale fortemente condizionato dalla disciplina sovranazionale e dalla Commissione medesima”. Vero è che l’agire di questi “decisori”, come si rileverà *infra*, insistendo sulla “irresponsabilità” di questi organismi, istituiti per svolgere funzioni neutrali (seppure regolatorie), sfugge ai tradizionali *iter* di formazione delle norme (ed alle relative garanzie istituzionali), per iscriversi in

si coglie agevolmente l'impossibilità di un ritorno allo "Stato guardiano notturno" già criticato ampiamente da Ferdinand Lassalle in un discorso tenuto a Berlino nel 1862, comportando, quest'ultimo tipo di Stato, un grado di burocratizzazione per molti aspetti avvicicabile a quello dello Stato dirigista; sicché non si tratta di abbandonare *tout court* i settori economici in precedenza riservati ai pubblici poteri, per lasciarli all'iniziativa privata, bensì ad esempio di affidarne la regolazione e la sorveglianza ad organismi statali istituiti *ad hoc* (ciò che è avvenuto, ad esempio, in occasione delle privatizzazioni degli enti dell'economia²³).

nuove modalità di *decision making*, connotate da nuove forme di legittimazione e garanzia. Rileva in proposito l'a. come "il fenomeno presenti connotati particolarmente marcati proprio nell'ambito della politica della concorrenza latamente intesa (comprensiva cioè non solo dell'*antitrust* in senso stretto, ma anche di quell'insieme di ulteriori precetti, di varia fonte e configurazione, che concorrono all'evoluzione in senso "concorrenziale" dell'ordinamento)". Sicché si introduce un'ulteriore riflessione, "di carattere prevalentemente istituzionale, sulle modalità di articolazione delle potestà decisionali in un "ambiente" giuridico integrato caratterizzato da forme sempre più complesse di interazione fra livelli e centri decisionali", segnalando conclusivamente come, sotto questa angolazione, la politica della concorrenza metta in luce due aspetti di fondo, che meriterebbero certamente un approfondimento: la limitata *accountability* dei principali "decisori" (europei e nazionali); la conseguente centralità che - proprio per il venir meno di tradizionali fattori di equilibrio istituzionale - dovrebbero assumere altre, fondamentali, garanzie, *in primis* le garanzie procedimentali partecipative e, sotto altro (ed essenziale) profilo, l'incisività del controllo giurisdizionale."

²³ Sul punto cfr. R. GAROFOLI, *La privatizzazione degli enti dell'economia*, Milano 1998; G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Torino, 2006. Più in generale sulla privatizzazione degli enti pubblici, G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, p. 23 e ss.; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.A. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino 1997; G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993*, Bologna, 1996; F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 447 ss. G. NAPOLITANO, *Gli enti pubblici tra disegni di riforme e nuove epifanie*, in G. Vesperini (a cura di), *La riforma dell'Amministrazione centrale*, Milano 2005, p. 51 ss.; P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano 2007; G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo internazionale*, Torino 2009; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna 2010, p. 300 ss.; F.G. SCOCA, *La pubblica amministrazione e la sua evoluzione*, in Id. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 66 ss.; M.A. SANDULLI, *Le concessioni aeroportuali di gestione totale fra tradizione e prospettive*, in *www.federalismi.it*, n. 13/2014; F. GOISIS, *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Milano 2014, p. 410 ss.; S. CIMINI, *L'attualità della nozione di ente pubblico*, in *www.federalismi.it*, n.24/2015; A. SACCO GINEVRI, *I "golden powers" dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2016.

Tuttavia questa esperienza, caratterizzata dal susseguirsi della creazione di autorità il più possibile indipendenti (e neutrali?) che tentano di tagliare il cordone ombelicale con l'indirizzo politico dal quale non riescono agevolmente a prescindere nelle frequenti risposte che sono chiamate a dare a questioni fondamentali per gli interessi soprattutto economici dei cittadini²⁴, poiché l'indirizzo politico si presenta come caratterizzato dall'esclusivo interesse generale, preordinato com'è alla fissazione preventiva degli obiettivi da raggiungere²⁵, dovrebbe risolversi piuttosto in un indirizzo politico di alto profilo, che rappresenti, cioè, un'eventuale attività di regolazione ad esperirsi solo quando necessaria a costituire o ricostituire un libero mercato, in ogni caso assoggettata ai principi di verificabilità e trasparenza imposti a garanzia della legittimità, dal diritto comunitario²⁶ e un costante monitoraggio sulla proprietà e sul

²⁴ Sull'influenza che le autorità indipendenti esercitano sugli interessi economici, la bibliografia è sterminata. Cfr. *ex multis* E. BONELLI, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2010, p. 394 ss.; G P. Cirillo - R. Chieppa (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova 2010; P. DE LISE, *Indagine conoscitiva sulle Autorità Amministrative Indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it 2011;

²⁵ Secondo le riflessioni di N. LONGOBARDI, *Indirizzo politico e regolazione economica*, in www.amministrazioneincammino.it, n. 1/2006, il problema di non riuscire a garantire una effettiva neutralità nella regolazione è connesso ad una confusione di fondo tra neutralità e apoliticità, sicché se è impossibile "essere completamente apolitici, è ben possibile essere neutrali rispetto a determinati interessi". Tale esigenza di neutralità tuttavia non può ritenersi effettivamente soddisfatta quando la relativa garanzia è demandata al mero rispetto di "criteri di indipendenza". Accade spesso, rileva l'a., soprattutto per l'influenza dell'ordinamento comunitario, che l'indipendenza venga considerata come "vero e proprio criterio organizzativo". Tale è il caso, ad esempio, di alcune autorità indipendenti, la cui esistenza è prescritta dalle norme del diritto comunitario per le quali determinate funzioni, non possono che essere svolte da un organo indipendente dal punto di vista organizzativo dalla politica, non essendo al riguardo sufficiente che vengano seguiti criteri di proporzionalità, trasparenza, oggettività e che sia rispettato il contraddittorio nell'attività provvedimentale.

²⁶ Non si trascuri che nelle direttive comunitarie si parla generalmente di "autorità di regolazione", mentre assai raramente si utilizza l'espressione "autorità indipendente" o "governativa": il diritto comunitario mostra una certa indifferenza nei riguardi del soggetto cui viene affidata la funzione di regolazione e presta, invece, particolare attenzione alle modalità, alle garanzie procedurali e alle regole sostanziali della regolazione pubblica, sicché essa possa dirsi effettivamente neutrale. L. GIANI, F. VETRÒ, *Le funzioni di regolazione del Mercato*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino 2015, p. 613 ss. Si vedano le considerazioni di D. U. GALETTA, *Le garanzie procedurali dopo la l. n. 15 del 2005: considerazioni sulla compatibilità comunitaria dell'art. 21 octies l. n. 241 del 1990 anche alla luce della previsione ex art. 41 Ced.*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Le riforme*

grado di utilità in concreto degli interventi e dei provvedimenti della autorità amministrative indipendenti rispetto ai parametri espressi dall'ordinamento giuridico dello Stato democratico.

La *deregulation* attuata per questa via non ha comportato, quindi, la totale eliminazione della normativa riguardante determinati settori, ma ha dato vita ad una soluzione compromissoria che non annulla ma limita i compiti del legislatore alla formulazione dei principi generali (talora "generalissimi"), riservandone l'attuazione non alle fonti governative ma ad organismi creati *ad hoc* e realizzando per tal via un sistema in parte notevole assai simile a quello della *regulation* statunitense (del tutto esemplificativo di questo fenomeno è il ruolo affidato all'Autorità nazionale anticorruzione, su cui si veda *infra*, par 4).

2. L'arretramento dello Stato e la produzione di certezze

Attraverso l'esercizio della funzione di certezza pubblica²⁷, lo Stato, tornando all'adempimento dei suoi compiti "originari" di regolazione e garanzia, fornisce ai cittadini alcune sicurezze intorno ai fatti della vita che questi non potrebbero ottenere altrimenti. L'inadeguatezza del modello dello Stato interventore ha sortito nel tempo il risultato della creazione di un nuovo modello di Stato regolatore che rinuncia a produrre beni e fornire prestazioni, lasciando i privati come attori del processo economico - sociale, ma non rinuncia ad entrare, anche con una presenza intensa, sulle prestazioni sia pubbliche che

della legge 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato, Padova 2008.

Nel saggio *Il custode e la Costituzione* (1931, ediz. it. Milano 1981) Carl Schmitt analizza il problema della neutralizzazione della politica, indicando le ragioni che fanno nascere l'esigenza di un potere neutro: da un lato l'incapacità della politica di esprimere indirizzi perché partitica e frammentata, dall'altro la parzialità (endogena) della politica che esprime sempre interessi di parte.

Ne deriva però, osserva M. CLARICH, *Le autorità indipendenti: dopo l'ascesa il declino?*, in *Il Mulino*, n. 2/2005, p. 271 ss. che la politica riemerge sempre: nei momenti importanti della vita collettiva non ci si può affidare al governo dei tecnici, alle autorità tecniche di regolazione, perché la responsabilità ultima è sempre della politica. La testimonianza, in sé preziosa, segna la preparazione alla resa della libertà di concorrenza e dell'economia di mercato che le condizioni incerte dell'economia sospingono sempre a soluzioni diversificate dei problemi di rapporto tra interesse al mercato e compiti di benessere e più strettamente sociali dello Stato può giustificare, del resto, le analisi come quella preziosa di Clarich.

²⁷ Si rinvia, *amplius*, sulla funzione di produzione di certezze e sulla certezza pubblica, *supra*, cap.II, parr. 3, 4 e 5.

private²⁸ che richiedono di essere regolate e controllate al fine di realizzare

²⁸ D'altro canto, come pure si è rimarcato in dottrina, mentre non si è mai messo in discussione l'assioma per cui i soggetti pubblici possano agire anche *iure privatorum* -“pur restando irrisolto il nodo della permanenza di vincoli di funzionalizzazione”- l'esercizio privato di pubbliche funzioni -pur essendo un fenomeno “proprio di ogni tempo e di ogni ordinamento”- ha dato luogo a significative tensioni “a causa delle oggettive difficoltà di inserimento nel progressivo processo di sistemazione dommatica del diritto amministrativo”. Così S. VINTI, *La circolarità del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti, cit.*, pp. 108-109, sulla scorta delle riflessioni di G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici, in Trattato di diritto amministrativo* diretto da V.E. Orlando, vol. II, parte III, Milano 1920; nonché Id., *Corso di diritto amministrativo*, III, Milano 1958.

Colà si riassume in brevi linee il travagliato processo che ha subito nell'evoluzione del nostro ordinamento giuridico l'esercizio privato di pubbliche funzioni, ricordando come l'impossibilità di configurare atti amministrativi emanati da soggetti privati sia stato considerato “uno dei pochi tradizionali punti fermi della teoria del provvedimento” (così B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento, in Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, Vol.II, a cura di S. Cassese, Milano 2003, p. 858). Sicché, passando per le “radicali prese di posizione di Ranelletti e Amorth che, in uno scritto del 1937, negarono in modo perentorio che i privati potessero adottare atti amministrativi o anche solo concorrere con la loro volontà alla formazione di un atto amministrativo” (cfr. O. RANELLETTI, A. AMORTH, voce *Atti amministrativi*, in *Nuovo Dig. it.* (1937), di G. D'ALESSIO, *Diritto amministrativo*, Torino 1939, per il quale “in ogni caso e sotto qualunque aspetto si consideri l'atto amministrativo, soggetto è e deve sempre essere un ente pubblico” (p. 178), nonché dalle opposizioni di Forti, sul versante della tutela giurisdizionale, per il quale nei termini del rapporto “una almeno deve essere la pubblica amministrazione se no, non si ha questione di giustizia amministrativa” (U. FORTI, *Diritto amministrativo*, Parte generale, vol. III, Napoli 1945), Vinti si sofferma sui “ripensamenti” della dottrina tradizionale che hanno contribuito alla lenta evoluzione dell'esercizio privato di attività pubbliche. Cfr. anche G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*”, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli 2006, p. 69 ss.

Sui ripensamenti della dottrina, si veda O. RANELLETTI, il quale nel suo *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano 1945, rilevò come gli atti dei concessionari fossero attuazione della funzione o del servizio pubblico oggetto della concessione e che pertanto “vi è l'esercizio di quell'attività di amministrazione, che la concessione ha trasferita al concessionario; e gli atti da lui in questa attività compiuti, hanno la medesima natura che avrebbero, se quell'attività e i relativi atti fossero compiuti dall'autorità amministrativa”; ancora si veda E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Roma 1917, il quale afferma che gli atti amministrativi *iure imperii* possono essere emanati “soltanto da organi dello Stato, o da chi agisca per loro incarico, giammai dai privati, che siffatto incarico non abbiano mai avuto” (p. 141). Ma si veda soprattutto SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano 1902, il quale, pur escludendo che i soggetti privati potessero assumere la veste di organi indiretti della pubblica amministrazione, rile-

diritti sociali molto concreti²⁹.

vò come in realtà le funzioni pubbliche potessero essere esercitate anche dai privati nel nome e nel perseguimento dell'interesse della amministrazioni pubbliche, venendo ad assumere "la posizione di organi amministrativi impropri" (p. 75); ancora che "l'atto amministrativo può emanare dallo Stato o dai suoi soggetti ausiliari, non soltanto pubblici, ma anche privati, specialmente da coloro, fra questi ultimi che sono concessionari di servizi pubblici". Così SANTI ROMANO, *Il diritto pubblico italiano* (1914), rist. 1988, p. 282.

²⁹ In questo senso E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma 1996, p. 337 ss.; L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità, cit.* Sulle funzioni amministrative dirette alla realizzazione di alcuni diritti sociali, si rinvia alle considerazioni svolte *infra*, capitolo VIII.

Passando per la figura dell'organo indiretto (G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici, cit.*), della sostituzione (G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma 1931; Id., *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giur.* 1933, ora in *Scritti giuridici*, Milano 1987; Id., *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.* 1942, p. 10 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Milano 1987, p. 366 ss.) e del *munus publicum*, teoria proposta in diverse opere di M.S. GIANNINI, tra le quali si vedano le *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950, p. 33 ss. (sull'evoluzione della teoria del *munus publicum* si vedano le riflessioni di S. VALENTINI, *Precisazioni sul munus publicum*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano 1988, III, p. 967 ss.), elaborazioni teoriche che hanno costituito gli strumenti "più o meno affinati e non sempre logicamente coerenti, con i quali si tentò di armonizzare una sistematica strettamente legata alla posizione di supremazia degli enti pubblici...con la realtà giuridica, costellata da un'infinità di soggetti privati investiti di svariati compiti di rilievo pubblicistico" (in termini S. VINTI, *La circolarità cit.*, pp. 112-113), si approda alle riflessioni della dottrina successiva per le quali "il monopolio dell'esercizio del potere amministrativo in capo a soggetti con personalità giuridica di diritto pubblico sia chiaramente venuto meno, tanto da poter affermare che l'esercizio privato di pubbliche funzioni non possa più considerarsi un fenomeno eccezionale, essendo divenuto uno strumento ordinario di cura degli interessi pubblici". Così ancora S. VINTI, *La circolarità, cit.*, p. 114, sulla scorta di C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano 2003, I, p. 251 ss., nonché di F. DE LEONARDIS, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. II, Milano 2006, p. 2296 ss.; Id., *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova 2000; e di A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino 2005.

D'altro canto l'esercizio da parte di soggetti privati di funzioni amministrative può essere ormai considerata una categoria generale del diritto amministrativo grazie alla legge n. 241 del 1990 che all'art. 1, comma 1 *ter*, prevede che i privati preposti all'esercizio di attività amministrative debbano osservare i principi ed i criteri fissati dalla legge stessa, i principi dell'ordinamento comunitario, nonché le altre disposizioni che disciplinano i singoli procedimenti, naturalmente sempre con un "livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni", in forza delle

La produzione di certezze si rivela assolutamente indispensabile nell'esercizio di questo modello di Stato, che nell'arretrare, ad esempio, nell'erogazione diretta dei pubblici servizi, riserva a se stesso la produzione di regole che integrano la disciplina dei rapporti fra soggetti erogatori e utenti: nell'esercizio di tale funzione regolatrice lo Stato produce certezze pubbliche nei confronti della collettività, affinché i servizi (talvolta le stesse funzioni) pubblici prestati da soggetti diversi dallo Stato rispondano a caratteristiche predeterminate, nonché a parametri di valutazione definiti per l'erogazione degli stessi, affinché "l'attività posta in essere da soggetti privati conservi la primigenia ed irrinunciabile idoneità alla produzione di certezze di livello non inferiore a quelle che si produrrebbero laddove fosse ancora lo Stato ad esercitare direttamente quelle funzioni e quei pubblici servizi"³⁰. Allorché la stessa produzione di certezze pubbliche sia affidata a soggetti certificatori di diritto privato, lo Stato disciplina dettagliatamente, come si è detto, lo svolgimento

disposizioni della medesima legge (cfr. il comma 37 dell'art. 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190 contenente "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"). Sicché "non può più revocarsi in dubbio che i privati possano essere *titolari* di funzioni amministrative (e non più solo esercitare funzioni di cui altri soggetti pubblici siano titolari), coordinare procedimenti amministrativi ed emettere i relativi provvedimenti". Così S. VINTI, *La circolarità, cit.*, p. 117, il quale ritiene che sia proprio la regolamentazione dell'esercizio privato di attività amministrative che "si è previamente riconosciuta l'esistenza dell'istituto, ammantandolo di giuridicità", pur nella consapevolezza dei dubbi tuttora espressi da parte della dottrina in ordine alla possibilità di attribuire a privati l'esercizio di poteri discrezionali, mirabilmente sintetizzate negli approdi di C. MARZUOLI, *Note in punto di vizi dell'atto amministrativo del soggetto privato*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli 2011, vol. I, p. 542 ss., il quale, riferendosi all'interesse pubblico curato dall'amministrazione, osserva come la pubblicità dell'interesse non si esaurisca, "come dovrebbe, nell'indicazione di una finalità ad opera delle norme, una finalità che, una volta determinata nei limiti dei dati normativi, è da attuare e specificare sulla base di certi principi (di diritto), ma finisce per generare una sorta di commistione fra le determinazioni del contenuto delle regole e l'attività di attuazione". Da ciò l'a. deduce il ruolo primario dell'attività del "soggetto preposto all'attuazione e inserisce (una parte di) ciò che attiene all'identità soggettiva dell'agente sul piano (oggettivo) delle regole". Sicché occorrerebbe, secondo l'a., riconsiderare le concezioni della discrezionalità amministrativa "per verificare se e quanto siano correlate al modo di sentire e di assumere l'interesse pubblico che pare essere un passo indietro rispetto al processo di oggettivizzazione che ha caratterizzato il capitolo dell'eccesso di potere". Per questa via, si giunge alla conclusione in forza della quale dovrebbe ammettersi in prospettiva che "il potere amministrativo possa essere conferito anche a soggetti privati, sia quello autoritativo, sia quello discrezionale (autoritativo o non)", salvo che per quelle "potestà discrezionali che, per la loro consistenza e rilevanza, siano da attribuire ad apparati politici".

³⁰ Così A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova 2003, p. 337. Cfr. anche E. CARLONI, *Le verità amministrative*, Milano 2011.

della relativa attività, onde garantire, in ultima analisi, la stessa “affidabilità” della certezza da esso prodotta. Si tratta, in realtà, di un ulteriore arretramento dello Stato apparato che, “da diretto regolatore e controllore delle dinamiche di mercato si fa sempre più garante delle qualità e delle caratteristiche tecniche di soggetti specializzati che esercitano, al suo posto”, quella o quell’altra funzione³¹.

Si è già accennato alle diverse forme di produzione di certezze da parte di soggetti privati “accreditati” (certificatori di prodotti industriali e finanziari, verificatori e valutatori ambientali, ecc.) che danno vita ad una imponente attività di certificazione nei confronti di prodotti liberamente circolanti nel mercato: si pensi alla certificazione di prodotti farmaceutici o alimentari ed alla fortissima incidenza che questa attività di certificazione esercita sull’affidamento che si ingenera nel pubblico quanto all’esercizio del diritto alla salute. Si tratta della garanzia “dei diritti primigeni della persona che postulano da parte dello Stato, se non un intervento diretto, una posizione di responsabile controllo affinché le ragioni dell’efficienza e del mercato, lungi dal favorire un progressivo superamento dei divari sociali, (non) diventino un alibi per giustificare una colpevole astensione”³².

L’esercizio della funzione di produzione delle certezze risponde, insomma, ad un profondo bisogno di garanzia che emerge dalle persone e dai gruppi in misura crescente, parallelamente allo sviluppo sociale ed economico della società ed alla sempre maggiore complessità e specificità delle competenze.

3. Le funzioni neutrali della Commissione censuaria centrale

A) Ma non mancano, proprio nelle regole di fonte legislativa dettate in ordine a rapporti, anche di governo, tipici dell’economia pubblica, fattispecie nelle quali compaiono organi dotati di funzioni amministrative neutrali il cui esercizio è di essenziale importanza per l’espletamento di compiti connessi con bisogni di giustizia nell’amministrazione.

Trascurando il versante della spesa pubblica, caratterizzato di necessità dalla prevalenza dell’amministrazione attiva (anzi quanto mai “di risultato”), l’attenzione si sofferma anzitutto sul versante dell’entrata, in particolare su quella di derivazione catastale che vede da ultimo una riforma di notevole interesse nella strutturazione degli uffici competenti in materia.

Si tratta delle nuove Commissioni censuarie³³, di recente ordinate, oltre che in sede centrale in Roma, anche in sede locale, e precisamente nei capoluo-

³¹ Così ancora A. FIORITTO, *La funzione*, cit., p. 339.

³² A. FIORITTO, *La funzione*, cit., p. 342.

³³ Sono state *ex novo* disciplinate dal d.lgs. 17 dicembre 2014, n. 198, attuativo della delega conferita con l. 11 marzo 2014, n. 23 e vigente dal 28 gennaio 2015, in modifica, profonda ed orientata, all’utilità dell’organo nell’interesse pubblico e priva-

ghi di Provincia delle città metropolitane e articolate in tre sezioni di cui una competente per il catasto terreni, una per quello urbano e la terza, in fase di prima attuazione, specializzata in materia di revisione del sistema estimativo del catasto dei fabbricati, come previsto dalla norma di cui all'art. 2 della l. 11 marzo 2014, n. 23.

Alla composizione degli organi della Commissione deve attribuirsi notevole rilievo ai fini della configurazione realistica dei suoi compiti.

Si osserva subito, dunque, che quelle periferiche sono presiedute da un magistrato o da un presidente, anche di sezione, delle Commissioni tributarie provinciali (non della stessa provincia), a scelta del presidente del Tribunale civile e penale nella cui circoscrizione si trova la sua sede dell'istituzione tributaria da costituire.

I sei componenti effettivi che con i sei supplenti compongono ciascuna sezione della Commissione censuaria locale sono scelti dal medesimo presidente del Tribunale in un gruppo almeno in numero doppio di soggetti designati dal MEF; quanto ai primi due effettivi ed altrettanti supplenti, fra quelli designati dall'ufficio dell'Agenzia delle entrate territorialmente competente tra i suoi dipendenti di ruolo; un effettivo ed un supplente fra quelli designati dall'associazione dei comuni (ANCI), questa volta rispettando dei criteri, che si giustificano nonostante la pesantezza di un intervento eteronomo previsto dalla legge nei confronti di un'autonomia locale, considerando la rilevanza delle funzioni proprie delle istanze censuarie il cui esercizio implica una non comune dotazione di professionalità specifica; infine, tre effettivi e tre supplenti indicati dagli ordini e collegi professionali e ad un effettivo ed un supplente indicati dalle associazioni di categoria operanti nel settore immobiliare, tra gli ingegneri, gli architetti, i geometri, i periti edili, i dottori agronomi, i periti agrari e gli agrotecnici iscritti nei relativi albi, i docenti qualificati in materia di economia ed estimo rurale e tra gli esperti in materia di econometria³⁴³⁵.

La Commissione censuaria centrale ha un presidente, 25 componenti effettivi e 21 supplenti.

Anch'essa è presieduta da un magistrato nominato dal Presidente della Repubblica, previa delibera del Consiglio dei ministri che agisce su proposta del ministro dell'economia e delle finanze.

to, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 650, emanato per il perfezionamento e la revisione del sistema catastale, che al Titolo III prevede e disciplina le Commissioni censuarie.

³⁴ Quest'ultima designazione di un componente effettivo e del suo supplente si presenta particolarmente laboriosa per il malcapitato Prefetto.

³⁵ È il direttore regionale dell'Agenzia delle entrate che dà inizio al procedimento interpellando i funzionari del suo stesso ufficio, l'ANCI ed il Prefetto, che entro 60 gg. comunicheranno le rispettive designazioni al presidente del Tribunale, che ha a sua volta 30 gg. per scegliere tra i designati i componenti effettivi e supplenti della Commissione censuaria locale, che saranno successivamente nominati con decreti del Direttore regionale dell'Agenzia delle entrate.

Quelli presenti in tutte le sezioni sono quattro direttori: dell’Agenzia delle entrate, del catasto e cartografia, dell’osservatorio del mercato immobiliare e servizi estimativi e della direzione centrale pubblicità immobiliare e affari legali.

Inoltre, fanno parte della Commissione centrale, in ciascuna delle sue tre Sezioni: un ingegnere dirigente dell’Agenzia delle entrate, un magistrato ordinario ed un magistrato amministrativo, designati, ovviamente, dai rispettivi organi di autogoverno; inoltre, due componenti e relativi supplenti designati dall’ANCI con gli stessi criteri richiamati per le Commissioni locali.

Infine, delle singole sezioni fanno parte, quanto al catasto terreni, un docente universitario in economia ed estimo rurale, (ma) designato dal MIUR, ed un esperto qualificato dal MEF su indicazione delle associazioni di categoria operanti nell’immobiliare, tra i professionisti oppure i tecnici iscritti in albi o collegi professionali o tra gli esperti di economia ed estimo rurale.

Analogamente per la sezione catasto urbano: un docente universitario in materia di economia ed estimo urbano (ma) designato dal MIUR ed un esperto qualificato designato dal MEF tra gli esperti del settore.

Per la sezione specializzata in materia di riforma del sistema estimativo del catasto fabbricati: un docente universitario in materia di statistica e di econometria (ma) designato dal MIUR ed un esperto qualificato dal MEF.

È il ministro dell’economia e delle finanze che formalmente nomina i componenti con decreto, provvedendo nello stesso tempo all’insediamento delle Commissioni.

B) Con l’art. 13 della legge delegata si precisano le funzioni che i commissari devono esercitare per i cinque anni di un mandato che non è rinnovabile; e si descrive l’ambiente nel quale viene esercitata la funzione amministrativa neutrale, anche se, con riferimento alla costituzione di un organo di garanzia, la partecipazione dello Stato con precipuo, ma non esclusivo, riferimento alla “sezione specializzata in materia di riforma del sistema estimativo del catasto dei fabbricati” è notevole e non va punto nella direzione di una sicura neutralità.

In disparte la perplessità che suscita l’affidamento della classificazione definitiva di queste istanze -se neutrali o, viceversa, strumenti di azione per il Governo- all’esperienza ed alla giurisprudenza che esse stesse sapranno porre in essere, si può osservare che anzitutto «i componenti» delle Commissioni, locali o centrale, «hanno tutti identica funzione».

Questo enunciato normativo sembra voler chiarire che anche il meno titolato esperto locale potrà pretendere di essere ascoltato dagli altri componenti, pur nella difficoltà di operare fuori dal proprio stretto ambito di conoscenza specialistica.

L’attività delle Commissioni, si legge all’art. 13, «è indirizzata unicamente all’applicazione della legge ed è svolta nel rispetto dei principi di terzietà, imparzialità ed equidistanza dagli interessi di parte, in base all’obiettivo apprez-

zamento degli elementi di giudizio, esclusa ogni considerazione di interessi territoriali, di categoria o di parte».

Si tratta di una definizione ascrivibile senza difficoltà alla funzione amministrativa neutrale che merita tuttavia un approfondimento.

Infatti, con riferimento alle Commissioni locali, esse esaminano ed approvano, entro 30 gg. dalla ricezione, i quadri delle qualità e le classi dei terreni, nonché i prospetti delle tariffe dei Comuni rientranti nella propria circoscrizione; concorrono alla revisione e conservazione del catasto terreni subordinate alla ratifica della Commissione centrale, ratifica prevista «*ai fini di perequazione*», nel solo caso di *revisione generale* degli estimi.

Inoltre, esse, quanto al catasto urbano, esercitano le precedenti funzioni di approvazione dei quadri tariffari e dei loro prospetti integrativi, per le unità urbane, e concorrono alla revisione e conservazione del catasto edilizio urbano.

Ciò che più rileva è che le Commissioni locali, «nell'ambito della revisione del sistema estimativo del catasto dei fabbricati», devono provvedere, entro il termine di 60 gg. dalla data di ricezione, in ordine alla validazione delle funzioni statistiche ... determinate dall'Agenzia delle entrate, e dei relativi ambiti di applicazione»³⁶.

Lo Stato-fisco si protegge in tal guisa dalla collegialità - neutralità, riservando un ruolo di rilievo alla burocrazia attiva dell'Agenzia delle entrate che esprimono statistiche modificabili da parte delle Commissioni locali mediante controdeduzioni e controprove non agevolmente riferibili e prospettabili.

C) Tutte le Commissioni, locali, centrale e le rispettive sezioni, rispondono, come abbiamo visto, ad un modello di comportamento, nell'esercizio delle funzioni loro affidate dall'ordinamento, che trova riscontro nell'amministrazione neutrale: non solo obbedienza alla legge, cioè rinuncia a priori ad una vera e propria discrezionalità, ma cura nella garanzia di terzietà, imparzialità e "equidistanza dagli interessi di parte, territoriale o di categoria".

Sembrano definizioni di una presenza dell'autorità costruita nell'ordinamento, che del resto è parte di quello più generale del fisco, dalla finanza pubblica, in termini nuovi e con la maggiore attenzione ad esorcizzare i pericoli derivanti da un persistente arroccamento dei centri amministrativi di valutazione fiscalmente rilevanti con esclusioni delle considerazioni degli effetti finali di siffatta chiusura, in termini di conflitto perenne tra fisco e contribuenti e, nel caso di specie, di incisione diretta del fisco, che risulta tuttora non garantita a sufficienza per il cittadino, almeno sulla proprietà immobiliare.

Emerge, dalla qualificazione normativa e dalla stessa oggettivazione caratterizzante la prima costituzione di tutto il corpo delle nuove Commissioni censuarie, la configurazione di un profilo giuridico che sembra voler andare alla ricerca della coincidenza delle Commissioni con le figure tipiche dell'organizzazione neutrale degli uffici amministrativi.

³⁶ Cfr. art. 2, co. 1, lett. h), n. 1.2 e lett. i), n. 1 della l. 11 marzo 2014, n. 23.

Tuttavia, non deve trascurarsi che le Commissioni locali sono destinatarie di compiti di amministrazione attiva evidenti, che sostanzialmente assorbono la serie di funzioni e dei singoli compiti affidati loro dalla legge, inducendo l'interprete a non insistere nella ricerca dei connotati della neutralità nella funzione amministrativa complessivamente ad esse affidata dalla legge delegata, limitandosi piuttosto ad osservare che le Commissioni censuarie locali sono inserite in un sistema organizzativo che tende a far emergere connotati nuovi di neutralità degli uffici fiscali nel rapporto con i contribuenti; connotati -va tuttavia osservato- che si evidenziano con sufficiente e comunque maggiore chiarezza piuttosto nella Commissione centrale che in quelle locali, forse più legate nel concreto, alle elaborazioni - guida delle rispettive agenzie del territorio (gerarchicamente -se si possa dire- subordinate all'Agenzia delle entrate).

D) Al centro del sistema delle valutazioni censuarie, si colloca in realtà la funzione giustiziale attribuita dalla legge delegata alla Commissione centrale.

Tanto in ordine alle impugnative delle decisioni delle Commissioni censuarie locali in relazione ai prospetti delle qualità e classi dei terreni, quanto delle tariffe d'estimo dei singoli comuni.

La revisione generale di queste ultime, comune per comune, è oggetto di ratifica d'ufficio da parte della Commissione centrale perché resti garantita la perequazione degli estimi su scala nazionale, come abbiamo già cennato.

Ma torna la decisione di ricorsi in materia di catasto urbano contro le decisioni delle Commissioni censuarie provinciali o di quelle locali in merito al quadro delle categorie e delle classi delle unità immobiliari urbane, nonché ai rispettivi prospetti delle tariffe d'estimo dei singoli comuni.

La duplice serie di ricorsi amministrativi di diritto singolare decisi dalla Commissione centrale, che riesamina nel merito ed ovviamente nella (ivi ricompresa) legittimità le conclusioni delle Commissioni locali, sono, tuttavia, a legittimazione attiva ristretta e riservata dalla legge: infatti, possono ricorrere, nel primo e nel secondo caso, non già il contribuente *uti singulus*, ma l'Agenzia delle entrate, i comuni "direttamente interessati" e le Associazioni di categoria maggiormente rappresentative dei contribuenti nel settore immobiliare.

Quali esse siano non si sa tuttora perché è devoluta ad un decreto del Ministero dell'economia e delle finanze l'individuazione che distingue tra le associazioni.

Siffatta restrizione è, tuttavia, più apparente che reale: le associazioni dei proprietari agricoli e dei proprietari di abitazioni saranno presto individuate e non saranno portatrici, come nel caso degli altri due soggetti legittimati, d'interessi statali comunali, bensì dell'interesse proprietario che si difende dagli oneri eccessivi che ricadono sulla proprietà immobiliare agricola o urbana.

Infine, la Commissione censuaria centrale, oltre ad essere titolare del controllo sostitutivo di quelle locali inerti, dietro richiesta dell'Agenzia delle entrate, che trasmette gli atti al presidente della Commissione centrale, esercita

funzione consultiva (“dà parere”, art. 16, co. 6) entro 90 gg. dalla ricezione della richiesta: (i) «*su richiesta dell’amministrazione finanziaria*», in ordine alle operazioni catastali per le quali il parere è previsto come *obbligatorio*; (ii) a richiesta degli organi costituzionali competenti, «*in merito all’utilizzazione degli elementi catastali disposta da norme legislative e regolamentari che disciplinano materie anche diverse dalle funzioni istituzionali del catasto*»; (iii) a richiesta dell’amministrazione finanziaria, «*sopra ogni questione concernente la formazione, la revisione e la conservazione del catasto dei terreni e del catasto edilizio urbano e l’utilizzazione dei relativi dati ai fini tributari*».

Nel complesso, il quadro dell’organo esercente prevalenti funzioni giustiziali è adeguatamente composto e può essere analizzato, in conclusione, sinteticamente.

La Commissione centrale, anzitutto, nell’esercizio della funzione giustiziale sulle censure mosse dall’Agenzia fiscale, dai comuni e dai cittadini contro le decisioni delle consorelle locali in materia di catasto terreni e di catasto fabbricati, assume rilievo oltre ogni dubbio neutrale e vale a migliorare la percorribilità della strada verso il *bonum commune* rappresentato dalla sconfitta dell’ostinazione fiscale contro la proprietà immobiliare privata che, consapevolmente o no, abbia superato i limiti previsti espressamente o anche implicitamente dall’ordinamento generale e tenda a sopravvalutare i cespiti immobiliari allo scopo di sottoporli ad una tassazione che corrisponderebbe del tutto *contra jus* ad un’imposta patrimoniale permanente, pesante quanto invisibile. O, al contrario, rappresentato dalla sconfitta dell’ostinazione nell’esperimento da parte di contribuenti, comuni, agenzie del territorio di rimedi non accoglibili perché privi di fondamento (spesso sulla base di giurisprudenza già nota).

Merita osservare in proposito che qualora si rilevi un aumento del valore dell’oggetto di imposta, l’aliquota può persino diminuire allorché la somma algebrica dei due valori risulti in accrescimento rispetto al precedente binomio, valore inferiore - imposta più alta.

L’interesse fiscale all’incremento del gettito non può, infatti, stremare surrettiziamente la proprietà immobiliare privata utilizzando l’aggiornamento di una valutazione censuaria per accrescere a dismisura, e senza la considerazione del risultato della complessiva operazione che va a determinarsi sul piano sociale ed economico, il peso dello Stato sull’interesse proprietario.

Se l’effetto, il risultato finale, è visibilmente sperequato rispetto alla possibile sopravvivenza dell’interesse a restare proprietari di fondi rustici o di abitazioni, mediante una leva di tipo fiscale-censuario si otterrebbe la riforma *ab imis* dei rapporti tra proprietà e ricchezza da rendita legittima, anche se in parte “passiva”, alterando in tal modo una garanzia costituzionale che in qualsiasi cultura politica contemporanea sospinge il legislatore a verificare l’equità dei rapporti sociali che sulla proprietà agricola si fondano e non ammette l’avocazione alla mano pubblica (o peggio ancora al monopolio privato) della proprietà immobiliare privata.

Questi cenni sembrano sufficienti a dimostrare la rilevanza e centralità del filtro giustiziale della Commissione centrale e le attese che, in occasione delle nuove e ben più alte valutazioni delle proprietà private censite in catasto, il ricorso dello stesso comune, ma soprattutto delle associazioni di cittadini portatori del controinteresse, rispetto alla lievitazione del peso fiscale perenne sull'immobile in proprietà potrà cercare di non deludere. Il ricorso alla Commissione centrale si pone, in realtà, come istanza di riequilibrio di un rilevante settore economico che tende ad essere destinatario di squilibri non sostenibili, con conseguenze pesanti anche in pregiudizio dell'interesse del fisco.

La funzione consultiva, che, in aggiunta, è demandata alla Commissione censuaria, conferma il connotato di neutralità della funzione esercitata.

Piuttosto, l'aspetto poco coerente con la somma di competenze attribuite alla Commissione è quello della sua struttura: il Collegio è dominato da dirigenti di settori rilevanti -se pur diversi- dello Stato; tanto che la presenza di magistrati e docenti universitari non sembra di per sé idonea ad equilibrare una formazione nel segno dell'indipendenza assoluta.

Infatti, soltanto il magistrato è scelto dal suo organo di garanzia (CSM, Consiglio di presidenza), mentre lo stesso docente universitario è scelto dal Ministero, sia pure quello dell'Università.

Siffatta diffidenza del legislatore fiscale verso l'istanza giustiziale, della quale tuttavia avverte la necessità, non può non essere sottoposta a revisione per evitare lo scivolamento di un presidio funzionalmente neutrale nel delicato rapporto tra fisco e contribuente in una sede di ratifica di erronee valutazioni, del tutto contrastanti con l'esigenza di riequilibrio del rapporto tra cittadino e Stato, che faticosamente, ma in questa materia urgentemente, si prospetta come necessario nell'interesse generale.

La funzione giustiziale della Commissione centrale e l'aggiuntiva funzione consultiva verso gli uffici fiscali dello Stato configurano quel Collegio come organo ormai titolare di funzioni amministrative neutrali, anche se la sua composizione può rendere problematica, in casi determinati, proprio l'ortodossia della sua neutralità.

4. Board delegation e neutralità. Il ruolo dell'ANAC. Cenni

Si ritiene talora in dottrina che la vera funzione amministrativa neutrale sia quella che si esercita in determinati contesti, che definisce regole di condotta, quindi non finalistiche, che non implicano a monte scelte opzionali di carattere politico³⁷. La funzione neutrale viene considerata in siffatti contesti come

³⁷ Cfr. G. DI GASPARE, *Miti e paradossi della riforma amministrativa: tra asimmetria informativa e indirizzo politico amministrativo, verso un modello neocavouriano di amministrazione pubblica?*, in www.amministrazioneincammino.it, 2009. Per alcuni spunti interessanti suscitati dall'analisi del rapporto tra l'attuale crisi

un'attività di *regolazione amministrativa* a finalistica, essenzialmente dedicata alla determinazione di alcune regole e limiti per lo svolgimento di una competizione o di un «contraddittorio». Nel nostro sistema, viceversa, sussiste e si rafforza -come si è evidenziato allorché sono state brevemente passate in rassegna le funzioni neutrali nell'economia pubblica-, l'irrompere di un "indirizzo politico-legislativo" fortemente valutativo, che condiziona in modo incisivo l'azione di regolazione, talvolta in modo tanto rilevante da far sì che tali scelte non possano attingere un livello adeguato di trasparenza.

Un'altra contaminazione tra indirizzo politico e attività di regolazione consegue all'*abbandono della responsabilità politica*³⁸ da parte dell'autorità rappresentativa in ordine alla effettuazione di scelte che, invece, sono connotate da valutazioni a forte contenuto politico: in realtà, questa tendenza ha innescato alcuni processi e meccanismi che, anche involontariamente, finiscono per fare svolgere ad organi amministrativi (sia pur istituiti *ad hoc*) un compito politico che non dovrebbe essere punto di loro competenza. Il riferimento, almeno episodico, alle autorità amministrative indipendenti non può evitarsi a questo proposito.

Basti pensare, per esemplificare una fattispecie disciplinata di recente dal legislatore, alle disposizioni contenute nel d.lgs. 50 del 18 aprile 2016 recante

finanziaria e l'esercizio dei pubblici poteri, più di recente, Id., *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Milano 2012; A.F. CASTRONUOVO, *Il complicarsi del principio di legalità al tempo della crisi*, in A. Barone, S. Licciardello, F. Tigano (a cura di), *Amministrazione e giustizia. Scritti degli allievi per Ignazio Maria Marino, cit.*, p. 33 ss.; A. GRASSIA, *Autonomia e responsabilità nell'amministrazione per risultati*, *ivi*, p. 133 ss.; V.G. LA PLACA, *Considerazioni su potere d'emergenza e diritti dei cittadini*, *ivi*, p. 165 ss.; G. F. LICATA, *Palingenesi dell'amministrazione pubblica e costruzione giuridica della democrazia*, *ivi*, p.173 ss.; D. SPAMPINATO, *Democrazia, competenza e software*, *ivi* p. 301.

³⁸ F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G.GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna 2006, p. 45 ss.; L. VIOLANTE, *Curare il deficit (di rappresentanza e di decisione)*, in *www.federalismi.it*, n. 24/2007; A. SIMONATO, *Il rapporto tra regioni, Stato ed UE alla luce della crisi economica, dell'attualità istituzionale, del dibattito sul paradigma della multilevel governance*, in *www.federalismi.it*, n. 9/2013; S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico*, in *www.rivistaAIC.it*, n. 4/2013; D. SCARPONE, *Un deciso cambiamento di rotta nella governance dei disavanzi sanitari regionali*, in *www.federalismi.it*, Osservatorio di diritto sanitario, Ottobre 2014; P. RAMEZZA, *La delega legislativa: un Parlamento ghostwriter? Il caso della legge delega n.42 del 2009*, in *www.federalismi.it*, n. 3/2015; G. ROSSI, *Pubblico e privato nello squilibrio fra economia e istituzioni*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2, 2015; P. DURET, "Governazione" mediante agenzie. *Riflessioni in chiaroscuro su uno studio del Conseil d'État francese*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2015; G.M. CARUSO, *Diritti sociali, risorse e istituzioni: automatismi economici e determinismo politico di un sistema complesso*, in *www.federalismi.it*, n. 4/2016.

il codice dei contratti pubblici, ove si disegna un sistema di attuazione delle disposizioni in esso contenute che supera il regolamento di esecuzione e attuazione in favore di un sistema basato sulla *soft-regulation*.

L'attuazione delle disposizioni codicistiche è demandata, infatti, all'emanazione di atti di indirizzo e di linee guida di carattere generale³⁹, da approvarsi con decreto del ministro delle infrastrutture e dei trasporti su redazione dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e previo parere delle commissioni parlamentari competenti⁴⁰.

³⁹ Cfr. in proposito il parere del 1 aprile 2016, n. 855 espresso dalla sezione I della Commissione speciale del Consiglio di Stato sullo schema di d.lgs. contenente il nuovo codice dei contratti pubblici, ove si evidenzia che le linee guida e gli altri decreti ministeriali e interministeriali hanno una chiara efficacia innovativa nell'ordinamento, che si accompagna ai caratteri di generalità e di astrattezza delle disposizioni ivi previste, ragion per cui tali atti devono essere considerati quali regolamenti ministeriali ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge n. 400/1988, con le relative conseguenze in termini di forza e valore dell'atto, forma e disciplina procedimentale, implicazioni sulla potestà regolamentare costituzionalmente riconosciuta in capo alle regioni, rispetto delle regole dell'art. 17, comma 3, l. n. 400/1988. C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2016; G. DI COSIMO, *Sul ricorso delle linee guida da parte del Garante per la privacy*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, n. 1/2016; M. DELLE FOGLIE, *Verso un "nuovo" sistema di contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, n. 6/2016.

⁴⁰ Com'è noto, il d.l. 90 del 2014, convertito nella legge n. 114, sopprimendo l'AVCP e trasferendo le relative funzioni all'ANAC, ha ridisegnato la missione istituzionale di questa, conferendole fondamentalmente il compito della prevenzione della corruzione, attraverso l'esercizio di poteri di vigilanza, sanzione e regolazione del settore dei contratti pubblici e degli incarichi. Per la ricostruzione storica che ha portato alla costituzione dell'ANAC, a partire dall'istituzione della CIVIT, passando per l'AVCP, cfr. E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, in *Giornale dir. amm.*, n. 6/2015, p. 757 ss.; F. DI LASCIO, B. NERI, *I poteri di vigilanza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, *ivi*, n. 4/2015, p. 454 ss.; B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, *ivi*, n. 2/2015, p. 123 ss. (*ivi*, ampi riferimenti bibliografici in tema di "anticorruzione"). Per il "punto di vista dell'autorità" v. R. Cantone, F. Merloni (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino 2015.

In particolare, la norma di cui all'art. 73 attribuisce all'ANAC il potere di iniziativa sull'adozione, con decreto del ministro delle infrastrutture e dei trasporti, degli indirizzi generali di pubblicazione, "al fine di garantire la certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità, anche con l'utilizzo della stampa quotidiana maggiormente diffusa nell'area interessata". Il decreto individua, anche la data fino alla quale gli avvisi e i bandi devono anche essere pubblicati nella Gazzetta ufficiale.

Ancora, l'art. 84 relativo al "Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici" affida all'ANAC il compito di effettuare una ricognizione circa il possesso dei requisiti di esercizio dell'attività da parte delle soa e le modalità di svolgimento della stessa, provvedendo all'esito della ricognizione, in caso di mancanza

Peraltro, la funzione di regolazione dell'Autorità non si esaurisce nella redazione di linee guida e atti di indirizzo: nella norma di cui all'art. 213, comma 2, si demanda all'ANAC l'autonoma adozione di ulteriori atti a carattere generale finalizzati a offrire indicazioni interpretative e operative agli operatori del settore (stazioni appaltanti, imprese esecutrici, organismi di attestazione) nella prospettiva di perseguire gli obiettivi di semplificazione e standardizza-

del possesso dei requisiti "o di esercizio ritenuto non virtuoso" (comma terzo), mediante diffida, sospensione, ovvero decadenza dall'autorizzazione. Appare evidente l'intensità del potere discrezionale concesso alla Autorità anti corruzione, demandata ad esprimere una valutazione di "gradimento" sulla virtuosità o meno dell'esercizio dell'attività di attestazione svolta da queste società accreditate, valutazione che si spinge fino alla determinazione da parte dell'*Authority* della decadenza dall'autorizzazione allo svolgimento dell'attività. La stessa norma stabilisce inoltre che "al fine di garantire l'effettività e la trasparenza dei controlli sull'attività di attestazione posta in essere dalle soa, l'ANAC predetermina e rende pubblico sul proprio sito il criterio e il numero di controlli a campione da effettuare annualmente sulle attestazioni rilasciate dalle soa" (comma 9). Ove siano violate le linee guida redatte dall'ANAC sull'attività delle soa, essa può comminare sanzioni pecuniarie per un importo che varia tra i 250 Euro e i 50.000 euro (art. 213, comma 13).

Per un'analisi critica delle misure assunte dall'ANAC, che nella pratica vengono definite di "commissariamento degli appalti", v. A. MALTONI, *Nuove forme di intervento pubblico nella gestione di imprese private*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, pp. 1079 ss., 1038 ss.

Ancora all'ANAC sono attribuite, in veste del tutto neutrale, funzioni consultive, che si sostanziano nell'emissione di pareri non vincolanti in materia di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nelle pubbliche amministrazioni, "richiesti dal mercato vigilato in ordine alla corretta interpretazione e applicazione della normativa di settore, con riferimento a casi concreti - fatta eccezione per i pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo n. 50/2016", al fine di supportare le stazioni appaltanti e di "garantire la promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stesse, anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi", nonché di favorire lo sviluppo delle migliori pratiche. L'ANAC ritiene, peraltro che la funzione consultiva ad essa attribuita "debba essere considerata strettamente connessa con le riconosciute funzioni di vigilanza, in quanto volta a fornire indicazioni *ex ante* e ad orientare l'attività alle amministrazioni, nel pieno rispetto della discrezionalità che le caratterizza" (si veda il provvedimento del 20 luglio 2016, in G.U. n. 192 del 18 agosto 2016, contenente il "Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'Autorità nazionale anticorruzione ai sensi della legge 6 novembre 2012, n. 190 e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al di fuori dei casi di cui all'art. 211 del decreto stesso").

Peraltro l'Autorità svolge anche un'attività consultiva nei confronti delle pubbliche amministrazioni, degli enti di diritto privato che svolgono attività di pubblico interesse e, in determinati casi, di soggetti privati con riferimento a problemi interpretativi e applicativi posti dalla normativa anticorruzione, con riguardo a fattispecie specifiche.

zione delle procedure, di trasparenza ed efficienza dell'azione amministrativa, di apertura della concorrenza, di garanzia dell'affidabilità degli esecutori e di riduzione del contenzioso. Insomma, di una serie di obiettivi a carattere generale, meglio perseguibili tramite lo strumento legislativo, piuttosto che tramite quello regolamentare⁴¹.

Si intravede qui - in modo, per vero, piuttosto evidente - quell'atteggiamento di abbandono della responsabilità da parte degli organi rappresentativi del popolo, per allocare a livello dell'amministrazione, presso apposite autorità affatto rappresentative, l'esercizio di una funzione di *soft regulation* che incide in modo assai rilevante sulla vita e sugli interessi di tutti.

Può dirsi, nel caso specifico della *soft regulation* - meglio sarebbe esprimersi in termini di *soft law* o di *board delegation* - che, tramite le norme del codice dei contratti pubblici, ha investito l'ANAC, che il comportamento vir-

⁴¹ Sulla disciplina contenuta nella normativa anticorruzione, in particolare sugli obblighi di trasparenza, si veda B.G. MATTARELLA, *Legge anticorruzione: un'attuazione a regola d'arte per un impianto normativo ancora da perfezionare*, in *Guida al diritto*, Il sole24ore, n. 31/2013; M. CLARICH, *I nuovi obblighi sulla diffusione delle informazioni trasformano gli uffici pubblici in "case di vetro"*, in *Guida al diritto*, 2013, n. 18, p. 64 ss.; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. di dir. amm.*, 2013, 8-9, p. 795 ss.; B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini 2013; E. CARLONI, *Le misure amministrative di contrasto alla corruzione*, Testo della relazione al 59° Convegno di Varenna, 21 settembre 2013, disponibile in www.astrid.it; Id., *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 2/2013, p. 349 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della Pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in www.federalismi.it n. 8/2013; S. TOSCHEI, *Accesso civico e accesso ai documenti amministrativi, due volti del nuovo sistema amministrativo Italia*, Intervento al Convegno "Anticorruzione e trasparenza: analisi dell'impatto normativo nell'ente locale" - Frascati, 15 luglio 2013; R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto di trasparenza e le politiche necessarie*, in www.giustizia-amministrativa.it, del 30 marzo 2013; G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Giorn. di dir.amm.*, 2014, 8-9, p. 875 ss.; C. COLAPIETRO, C. SANTARELLI, *Accesso civico*, in *Libro dell'anno del Diritto 2014, Enc. giur. Treccani*; A. FUSCO, *Le nuove frontiere del diritto di accesso*, in *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, a cura di M. Santise, Torino, Giappichelli, 2014; P. CANAPARO, *La via italiana alla trasparenza pubblica: il diritto di informazione indifferenziato e il ruolo proattivo delle pubbliche amministrazioni*, in federalismi.it, n. 4/2014; B. CAROTTI, *L'amministrazione digitale e la trasparenza amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2015; F. PATRONI GRIFFI, *Battere la corruzione: una sfida impossibile?*, in *Astrid Rassegna*, n. 9/2015; C. RAIOLA, *La trasparenza nelle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2015; P. CANAPARO, *L'anticorruzione e la trasparenza: le questioni aperte e la delega sulla riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in www.federalismi.it, n. 1/2016.

tuoso di quest'ultima, aiuta a scongiurare il rischio evidenziato dell'esercizio di una funzione caratterizzata da opacità e impermeabilità alle esigenze -anche di chiarezza e certezza delle regole- della moltitudine dei soggetti interessati.

L'Autorità anticorruzione ha, infatti, attivato una procedura di consultazione *online*, invitando tutti i soggetti interessati ad esprimere osservazioni e suggerimenti sulle bozze di atti regolamentari di attuazione e sugli schemi di linee guida, pubblicati nell'apposita sezione del suo sito web. La procedura di consultazione è stata attivata in ossequio al regolamento 08/04/2015 sulla disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione e al regolamento 27/11/2013 che disciplina l'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e la verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR), nonché a quanto ritenuto nel parere del Consiglio di Stato⁴², ove si è evidenziata la necessità dell'attivazione di una preventiva fase di consultazione che costituisce ormai "una forma indispensabile, strutturata e trasparente di partecipazione dei soggetti interessati al *decision making process*".

Soltanto a titolo esemplificativo, si pensi allo schema di linee guida -pubblicato ai fini della consultazione l'11 novembre 2016- recanti "indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co, 2 del d.lgs. 33/2013" nel quale l'Autorità, premesso un ampio chiarimento sulla natura dell'istituto dell'accesso civico, come "accesso generalizzato", "avente ad oggetto tutti i dati, i documenti e le informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione", "non preordinato alla tutela di una propria posizione giuridica soggettiva, quindi non richiede la prova di un interesse specifico, ma risponde ad un principio generale di trasparenza dell'azione dell'Unione".

Le linee guida sull'accesso civico -strumento di controllo democratico sull'operato dell'amministrazione europea, utile a "promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile"- offrono esaurienti definizioni e prime indicazioni operative, definiscono l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione dell'istituto, effettuano una precisa distinzione tra "eccezioni assolute all'accesso generalizzato" e "limiti" allo stesso (eccezioni relative o qualificate), individuando e chiarendo la natura e le motivazioni delle singole eccezioni e limiti; infine si allega allo schema un decalogo di FAQ per rendere del tutto cristalline le modalità di esercizio del diritto di accesso civico e quelle per chiederne la tutela in sede giustiziale e giurisdizionale. Un esempio di chiarezza e certezza dell'esercizio di una funzione neutrale al "servizio" della legalità nell'ordinamento giuridico.

Il comportamento virtuoso dell'ANAC -si tratta, per vero, soltanto del rispetto delle regole imposte dall'ordinamento giuridico- consente, quindi, un corretto svolgimento di questo processo decisionale, secondo regole di trasparenza e piena partecipazione: questa si direbbe sia l'unica garanzia che si

⁴² Si fa riferimento al parere n. 855 del 1 aprile 2016, *cit.*

conserva in capo agli interessati, di fronte ad un potere incisivo e, sebbene non inedito, quantomeno inconsueto nel nostro sistema ordinamentale; una garanzia di legalità e trasparenza e, più in generale, di buona amministrazione nell'esercizio di una funzione amministrativa, con ampie connotazioni politiche.

Appare, tuttavia, doveroso sottolineare come nel nostro sistema, si sia ormai affermato ed irrompe nell'amministrazione un vero e proprio modello di *board delegation*, che consegue al segnalato fenomeno dell'arretramento degli organi politici dal loro naturale campo di azione e di allontanamento dalla responsabilità politica assunta in occasione del -peraltro, ormai *filtrato*- voto popolare.

Ebbene, se è proprio questa forma -potrebbe dirsi "strutturata"- di contaminazione tra amministrazione e politica che si sta realizzando, occorre ricordare che l'esercizio di un "forte" potere regolatorio da parte di autorità non politiche, implica sempre l'obbligo di predeterminare i criteri di valutazione, di motivare le scelte effettuate e, soprattutto, la soggezione al sindacato giurisdizionale; sicché l'esercizio del potere regolatorio, non dovrebbe prestarsi a patologie, nella misura in cui esso venga opportunamente incanalato nelle forme del procedimento e venga esercitato in regime di piena trasparenza, partecipazione consapevole e di sindacabilità giurisdizionale.

Eppure, è soltanto il caso di osservare che, per consentire che un simile potere sia esercitato nella piena legittimità, è indispensabile che a monte vi sia una norma di legge che definisca e fissi limiti al suo esercizio, opportunamente tipizzandolo, proprio al fine di scongiurare questa dannosa commistione tra politica e amministrazione; e che a valle vi sia il sindacato giurisdizionale che deve, prima ancora che controllarlo, limitarlo e determinarne sul piano conformativo le caratteristiche sostanziali.

D'altro canto, è vero che quello dei contratti pubblici è un settore "particolarmente sensibile a pratiche corruttive e fenomeni di inquinamento del mercato da parte della criminalità organizzata"⁴³; sicché, quando si riscontra nell'amministrazione una certa debolezza della legalità formale e sostanziale, ridotta a poco più di un guscio vuoto -nell'attribuzione di poteri non tipizzati dalla legge-, siccome ogni *vulnus* ai principi richiede un potenziamento della regolazione per compensare le mancanze, pena la crisi del sistema-, si rende necessario consentire l'emanazione di provvedimenti atipici (cioè non previsti e regolati dalla legge).

Il potere di *soft law* attribuito all'ANAC dal nuovo codice dei contratti, esprimerebbe, insomma, proprio questa compensazione, incardinando nell'autorità amministrativa il presidio della legalità procedurale, sicché le autorità vengono messe in condizioni di compensare la mancanza di legalità formale e sostanziale che sussiste a monte, con la gestione di un procedimento caratterizzato dalla concentrazione, dalla consultazione, dalla partecipazione,

⁴³ In termini il parere 1 aprile 2016, n.855, *cit.*

quindi dalla condivisione dell'esercizio del potere, essendo il procedimento la base legale del potere, il farsi della decisione in cui assumono rilevanza giuridica le singole fasi e gli atti che lo compongono⁴⁴. E, se il procedimento è l'espressione del potere, è indispensabile, soprattutto in un *decision making process* come quello affidato all'ANAC, che la legalità sia rispettata e garantita appieno, cosa che si rende possibile soltanto passando per le regole del procedimento amministrativo, come si legge nella normativa nordamericana del 1946 sui procedimenti di regolazione del *rule making*⁴⁵, ove si parla di *notice and comment*, cioè della necessità che l'autorità faccia precedere l'adozione di atti non individuali, bensì di portata generale, da una ampia "notificazione" e implichi una "partecipazione con commento", cioè condivida l'esercizio del potere con tutti i soggetti interessati.

Questo, in sostanza, il contenuto delle riflessioni che il Consiglio di Stato ha espresso nel parere n. 855 del 2016, ove si evidenzia come quelli attribuiti all'ANAC siano poteri di regolazione ampiamente atipici⁴⁶ perché le norme che li attribuiscono non individuano atti ben precisi da emanare, né criteri di fissazione dei contenuti degli atti regolatori, bensì fissano prevalentemente obiettivi; configurando, per questa via, un'amministrazione per obiettivi nella quale, appunto, non si riscontrano enumerazioni di tipi di provvedimenti, bensì soltanto la fissazione delle missioni, di obiettivi di carattere generale da perseguire attraverso una assai generica attività di regolazione che si sostanzia in linee guida e atti di indirizzo.

Ed, infatti, il *soft law*, meglio, le linee guida di queste autorità, anche quando abbiano carattere vincolante, non si identificano con i regolamenti amministrativi, ma possono forse definirsi atti con funzione latamente normativa ma di natura amministrativa, quindi sostanzialmente regolatori⁴⁷, espressione

⁴⁴ Per utilizzare una definizione cara a A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1959.

⁴⁵ Sul *rule making* delle autorità indipendenti, con particolare riferimento al potere sanzionatorio, v. M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in www.giustam.it, n. 10/2013.

⁴⁶ Per un'analisi sui tratti di atipicità dell'ANAC, si veda N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in www.giustamm.it, n. 6/2016; Id., *Autorità indipendenti di regolazione di mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in www.giustamm.it, n. 5/2016.

⁴⁷ Sugli interventi regolatori della soppressa AVCP, ai quali la giurisprudenza ha negato efficacia vincolante, riconoscendo ugualmente talora l'idoneità lesiva - e pertanto l'impugnabilità - degli atti adottati dall'Autorità, cfr. C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano 2012, p. 183 ss., nonché M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Atti del Convegno AIPDA 2015 su "Le fonti nel diritto amministrativo"*, Padova 9-10 ottobre 2015.

Sull'obiettivo prioritario di tutela di un mercato degli appalti pubblici aperto e concorrenziale assegnato alla soppressa AVCP, v. S. AMOROSINO, *L'autorità per*

di poteri di regolazione ampiamente atipici perché i criteri di fissazione dei contenuti degli atti regolatori sono estremamente - e come è inevitabile - generici⁴⁸.

Se dunque il limite a monte del potere, quello del principio di legalità che dovrebbe esprimersi tradizionalmente in una legge che mette il “bavaglio” all’amministrazione, non si configura punto -quanto alle amministrazioni indipendenti- di carattere rigido, bensì elastico, non di tipo formale o sostanziale, ma di tipo teleologico e generico, e che invece, come si è detto, consente di attribuire un potere fortemente discrezionale e atipico, allora diventa indispensabile che almeno il limite a valle del potere, quello del controllo giurisdizionale si configuri come stringente; esso, invece, si estrinseca in un sindacato debole⁴⁹, nonostante i buoni intenti e la volontà di essere all’altezza

la vigilanza sui contratti pubblici: profili di diritto dell’economia, in *Riv. trim. appalti*, n. 2/2010, p. 317 ss.

⁴⁸ Sulla *soft law* in generale, v. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova 2008; R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino 2009, p. 31 ss.; S. MORETTINI, *Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in *Osservatorio sull’AIR*, Luglio 2011; F. TERPAN, *Soft law in the European Union - The changing nature of EU law*, in *European Law Journal*, n. 1/2015, p. 68 ss.; M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle fonti*, *cit.*, che sottolinea l’ “indurimento” della *soft law* quando viene a contatto con “gli stringenti principi garantistici del diritto amministrativo”.

⁴⁹ Cfr. in generale sul sindacato del giudice sulle autorità amministrative dotate di particolari competenze tecniche, almeno F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.* 1983, p. 371 ss.; F. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985; V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell’amministrazione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano 1987, p. 403 ss.; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.* 1992, p. 685 ss.; D. DEPRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, *Giorn. dir. amm.* 1999, p. 1179 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova 2000; R. CARANTA, *I sassi e lo stagno (il difficile accesso al fatto del giudice amministrativo)*, in *Urb. e app.* 2000, p. 1340 ss.; S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.* 2001, p. 80 ss.; G. ABBAMONTE, *L’ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *Giust. amm.* 2002, p. 1203 ss.; F. LIGUORI, *Il sindacato “debole” sulle valutazioni riservate delle amministrazioni indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.* 2003, p. 596 ss.; M. PROTTO, *La discrezionalità tecnica sotto la lente del g.a.*, nota a CdS, sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247, in *Urb. e app.* 2001, p. 873 ss.; C. VIDETTA, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la legge 21 luglio 2000*, n. 205, in *Foro amm.* TAR 2002, p. 2251 ss.; F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2004, p. 983 ss.; Id., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano 2005; S. NICCOLAI, *Notazioni sul controllo del giudice amministrativo sugli atti delle autorità indipendenti*

delle aspettative tipiche di uno Stato di diritto. Il controllo del giudice amministrativo -il quale esercita in larga parte il controllo sugli atti delle autorità indipendenti attraverso la giurisdizione esclusiva-, si caratterizza, infatti, addirittura per la *deference*⁵⁰ del relativo sindacato, ossia la “deferenza”, il rispetto e la non invasività sulle decisioni delle *authorities*.

Potrebbe dirsi, insomma, che nel circoscrivere ed indebolire sempre più il sindacato del giudice, si sia attivato un processo che porta alla negazione della stessa giurisdizione⁵¹, privandola totalmente del suo contenuto, visto che la

in Italia, www.federalismi.it, n. 1/2011; A. ORECCHIO, *Il sindacato di merito sulle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti. Il caso dell'antitrust*, in www.federalismi.it, n. 2/2016.

Sulla tutela giurisdizionale configurata nel nuovo codice dei contratti pubblici, cfr., *ex multis*, M.A. SANDULLI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in www.federalismi.it, n. 8/2016; Id., *Le novità del rito sui contratti pubblici*, in *Libro dell'anno del diritto 2015*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2015; M.A. SANDULLI, A. CARBONE, *Misure economiche di deflazione del contenzioso*, *ibidem*; C. CONTESSA, *Le forme di tutela del nuovo codice*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2016; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in www.giustizia-amministrativa.it 2016; P. QUINTO, *I ricorsi al TAR nel nuovo codice degli appalti*, in www.lexitalia.it, n.3/2016; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo “Codice dei contratti pubblici”*, in www.federalismi.it, n.7/2016; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, www.federalismi.it, n. 10/2016; N. D'ALESSANDRO, *Il rito super speciale in materia di appalti*, in www.lexitalia.it, n. 10/2016; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*. in *Urbanistica e appalti*, n. 5/2016; I. SCUDERI A. CASSAR, *Il regime delle impugnazioni nel nuovo codice degli appalti. L'articolo 100 del codice di procedura civile: questo sconosciuto*, in Lexitalia.it, n. 7/2016; C. MERANI, *Brevi riflessioni generali sul nuovo codice dei contratti pubblici (con l'auspicio di un decreto correttivo)*, in www.lexitalia.it, n. 6/2016; F. SAITTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: problemi aperti*, in www.lexitalia.it, n. 5/2016.

⁵⁰ Si vedano le considerazioni svolte da G. MONTEDORO, *Il sindacato*, *cit.*, sulle quali si rinvia *infra*, capitolo VII, note 5 e 16 ss.; D. DE TOMMASO, *Il sindacato sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti*, in www.altalex.com, 2015.

⁵¹ Così ancora F. CARINGELLA, *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti*, *cit.*, il quale prosegue: “Viene spontanea la citazione di Tomasi di Lampedusa, “tutto è cambiato affinché nulla cambi”, perché in effetti, i problemi relativi alle autorità indipendenti non sono cambiati rispetto a 20 anni orsono e non possono cambiare perché si avvitano intorno ad un concetto che è un ossimoro: un'autorità che nonostante l'amministratività pretende di essere nel sistema di essere indipendente. Il concetto di potere indipendente è un concetto intimamente contraddittorio perché come ci ha insegnato P. Calamandrei il potere non può essere assoluto e autoreferenziale, onnipotente, quindi prepotente, ma deve essere necessariamente un potere limitato a monte e a valle, un potere umile che deve avere regole che lo delimitino e controlli che ne verifichino l'esercizio nel rispetto dei principi generali e delle norme

deference richiama un concetto di soggezione, di debolezza, quasi di umiltà del giudice nei confronti dell'imputato (umiltà in senso deteriore, non nel senso nobile con cui usava questa espressione Calamandrei per definire il potere).

Il sindacato del giudice amministrativo su tutti i poteri amministrativi -ivi compreso quello indipendente-, in realtà non dovrebbe essere debole o forte, ma piuttosto "appropriato"⁵², quindi adeguato a contemperare le esigenze contrapposte espresse nell'istanza chiovendiana di tutela e nel rispetto del principio di separazione dei poteri, della riserva in capo alla pubblica amministrazione di poteri discrezionali che non sono sostituibili in sede di giudizio di cognizione, sindacato che giunge alla definizione del legittimo e corretto assetto degli interessi.

Si direbbe, insomma, che nella vicenda delle autorità amministrative indipendenti, e, in particolare, in quella della configurazione dei poteri dell'autorità anticorruzione, si sia realizzato un vero e proprio svuotamento del potere politico, della sua forza pervasiva sugli interessi della collettività, *delegata* all'amministrazione attraverso l'esercizio di funzioni non soltanto atipiche, ma anche ben poco soggette all'appropriato sindacato giurisdizionale, anch'esso svuotato del suo contenuto peculiare. L'azione di cui all'art. 34 del codice del processo amministrativo che prevede la c.d. "azione tedesca di adempimento"⁵³ che consente al giudice di condannare l'amministrazione all'adozione del provvedimento, esercitando un controllo sul rapporto, un controllo intrinseco in un giudizio sostanziale, che comprende una verifica dei

di carattere puntuale. Quindi è evidente che l'indipendenza del potere delle *authorities* è un'indipendenza relativa che richiede controlli di carattere necessario, compatibili con la peculiarità di queste autorità che più che nell'indipendenza, va rintracciata nella neutralità collegata alla funzione c.d. paragiurisdizionale (o giustiziale o giusdicente) cioè di fissazione e applicazione di regole di settore in campi caratterizzati da tecnicismo esasperato, quindi da concetti giuridici inevitabilmente indeterminati. Sicché, in base all'art. 352 del TFUE questo tipo di autorità è autorizzata ad adottare ogni provvedimento che sia necessario per vigilare, regolare e disciplinare e, per certi versi, "moralizzare" il settore economico di competenza (esercitando, appunto, un potere regolatorio privo della sua base legislativa)". Si tratta della delicata questione dei poteri normativi c.d. impliciti sulla quale, per tutti, cfr. G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti*, in *Diritto e società*, n. 1/2015, p. 223 e ss.

⁵² Secondo la più corretta qualificazione attribuita al sindacato giurisdizionale da A. PAJNO nella *Tavola rotonda* delle *Giornate di studio* sulla Giustizia amministrativa in ricordo di Leopoldo Mazzaroli, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Siena, Certosa di Pontignano 13 - 14 maggio 2016.

⁵³ Si fa riferimento all'ancor attuale contributo di F. MERUSI sulla *Verpflichtungsklage, Verso un'azione di adempimento*, in *Il processo amministrativo. Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano 1979, 331 ss.; ma, sul punto, si veda soprattutto G. GRECO, "Ampliamento dei poteri cognitori e decisori del giudice amministrativo nella L. 241/1990 e successive modifiche", in *Quaderni de Il Foro Amministrativo - T.A.R. n. 2, Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, Milano 2006, p. 73 ss.

fatti e un'indagine sui beni, può effettuarsi solamente se il provvedimento non è discrezionale, tanto più se caratterizzato da discrezionalità tecnica. Quindi in particolare per le autorità indipendenti è evidente che il controllo del giudice amministrativo deve essere di carattere intrinseco, che verifichi la correttezza dal punto di vista procedimentale, sostanziale e tecnico - scientifico, mentre non può effettuarsi un controllo sostitutivo, attraverso il quale il giudice non annulli provvedimenti illegittimi, ma sindachi opinioni non condivise o sostituisca l'esercizio di poteri riservati⁵⁴.

Ora, queste riflessioni non possono che approdare alla condivisibile considerazione espressa dal Consiglio di Stato, allorché ha ritenuto che gran parte del funzionamento del codice non possa che dipendere dalla capacità dell'ANAC di interpretare in modo corretto questa grandissima investitura di carattere fiduciario.

Va, peraltro, considerato che questo potere regolatorio viene esercitato su tutte le gare e su tutti i settori, anche assai nevralgici come la qualificazione⁵⁵

⁵⁴ Forse attraverso la conciliazione di queste esigenze, rileva F. CARINGELLA, *Il sindacato giurisdizionale*, cit., "si può approdare a dare vita al pensiero di Chioven-da, secondo il quale il giudice con la sentenza deve dare al privato tutto quello che gli spetta, nulla di meno e nulla di più"; e forse se si riuscisse a portare entro i tradizionali ranghi, i limiti a monte e a valle dell'esercizio del potere, "il sistema delle *authorities* diventerebbe un sistema che contribuisce piuttosto che scuotere i principi di uno Stato di diritto e di un meccanismo costituzionale che ha origini lontane nel 1215".

⁵⁵ Del resto, la norma di cui all'art. 80 comma 10, del nuovo codice dei contratti pubblici stabilisce che "È istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema di rating di impresa e delle relative penalità e premialità, da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, per le quali l'Autorità rilascia apposita certificazione. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa. L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida". Sul tema si veda A. ZITO, *Il rating d'impresa nel sistema degli appalti pubblici: un contributo per la sua definizione e messa in opera*, in *www.giustamm.it*, n. 12/2016, il quale osserva che "Il legislatore ha legato il sistema del rating ai soli fini della qualificazione delle imprese. Da ciò discendono alcuni punti fermi: la normativa vigente non sembra consentire l'introduzione di quello che è stato, nel presente lavoro, definito come modello "premiante puro". Il riferimento alla qualificazione impedisce, infatti, che attraverso il sistema di rating si possano determinare effetti sul punteggio da attribuire in sede di gara all'offerta tecnica. Il quadro normativo non sembra però precludere né l'adozione di un modello di rating di tipo "escludente/premiante" né di un modello di tipo "premiante /penalizzante", salvo una necessaria precisazione. Il primo avrebbe probabilmente necessità di una base normativa più solida dell'attuale, dal momento che la mancata acquisizione del rating da parte dell'impresa costituirebbe un elemento preclusivo alla partecipazione alle gare. Peraltro l'introduzione di una base normativa più solida andrebbe attenta-

e le gare sotto soglia: quindi all’Autorità viene affidato un potere di gestione dell’ossatura principale del mercato dei contratti pubblici, potere che deve essere esercitato nel rispetto della legalità procedurale, secondo i principi del *decision making process* di weberiana memoria che subisce, come si è evidenziato fin qui, alcuni limiti: anzitutto la consultazione sistematica dei soggetti interessati e l’esercizio di una severa analisi e verifica d’impatto della regolazione (AIR e VIR), poi la necessità di una totale trasparenza, pubblicità e consultabilità di tutti gli atti di carattere regolatorio.

Si tratta, a ben guardare, di ciò che è accaduto nell’ordinamento statunitense quando esso ha dovuto rispondere alle istanze di neutralità provenienti dagli operatori del mercato e, più in generale, dalla maggior parte delle comunità dei singoli *States*, nel tentativo di sopperire all’incapacità (o alla mancanza di volontà) da parte dell’organo politico di attuare una sintesi dei pressanti interessi provenienti dalle *lobbies*: da qui la preferenza espressa dall’ordinamento federale, attraverso il sistema della *board delegation*, a favore di autorità che, per non essere politiche, sono sempre tenute a motivare le scelte effettuate e sono soggette, sotto questo pregnante profilo, al sindacato giurisdizionale. Sicché la “quota di potere” di cui l’amministrazione nell’ordinamento statunitense diventa titolare, grazie al meccanismo (senz’altro distorto rispetto al modello weberiano⁵⁶) della *board delegation*, non dovrebbe prestarsi a patologie, nella misura in cui essa venga opportunamente incanalata nelle forme del procedimento, in regime di pubblicità e di sindacabilità giurisdizionale.

5. L’”esperto indipendente” e la funzione neutrale

La figura dell’esperto indipendente deriva dalla norma di cui all’art. 6, comma 1, lett. c) n. 5 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 recante il t.u. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 5. La norma è contenuta nella parte II “Disciplina degli intermediari” del titolo I Disposizioni generali, capo I, vigilanza: “La Banca d’Italia, sentita la CONSOB disciplina con regolamento le regole applicabili agli OICS italiani aventi ad oggetto i criteri e le modalità da adottare per la valutazione dei beni e dei valori in cui è investito il patrimonio e la periodicità della valutazione. Per la valutazione dei beni non negoziati

mente valutata in termini di compatibilità con la normativa europea. Dunque, sebbene il modello “escludente/premiante” è, per le ragioni che si sono dette, quello più coerente rispetto alle finalità di un sistema di *rating*, il modello “premiante/penalizzante” risulta quello più in linea con la normativa vigente”.

⁵⁶ Che presuppone l’esistenza di una disciplina legislativa della funzione amministrativa, attraverso la quale si realizza la subordinazione dell’amministrazione al principio democratico di investitura del potere; nonché l’esistenza di regole ulteriori, di natura tecnica e professionale, atte a razionalizzare e, quando necessario, limitare l’esercizio della discrezionalità.

in mercati regolamentati, la Banca d'Italia può precedere il ricorso a esperti indipendenti e richiederne l'intervento anche in sede di acquisto e vendita di beni da parte del gestore”.

La categoria di *esperti indipendenti* cui si fa riferimento, può essere costituita da persone fisiche o società di professionisti, o da singoli professionisti, che vengono scelti dalle società autorizzate alla gestione del risparmio (SGR) mediante fondi comuni di investimento, ai sensi del d.m. (MEF) 24 maggio 1999, n. 228 “*Regolamento recante norme per la determinazione dei criteri generali cui devono essere uniformati i fondi comuni di investimento*”.

Questa disciplina, ispirata dalla Banca d'Italia, prevede che i suddetti esperti indipendenti siano “verificati” in sede di affidamento dell'incarico da parte del Consiglio di amministrazione di ciascuna SGR intorno al possesso di requisiti specifici che lo stesso regolamento individua come necessari per poter istituire un rapporto contrattuale fiduciario con la società.

Anzitutto ogni esperto indipendente deve essere iscritto “ininterrottamente da almeno cinque anni” in un albo professionale speciale, onde conseguire sol per questo l'idoneità ad effettuare valutazioni tecniche o economiche di beni in cui è investito il fondo. Devono inoltre restare titolari del requisito della onorabilità secondo la norma concernente gli esponenti aziendali della SGR contenuta nell'art. 11, comma 1, lett.a) del t.u.1998, n. 58.

Se l'esperto è persona giuridica, essa non può entrare a far parte del gruppo della SGR, come definito dal t.u. all'art. 11, comma 1, lett.a) e devono possedere requisiti adeguati alla natura giuridica della sua attività professionale: anzitutto l'oggetto sociale risultante dallo statuto e dall'atto costitutivo del soggetto deve prevedere l'attività di valutazione dei beni oggetto dell'investimento del fondo, inoltre una “struttura organizzativa adeguata all'incarico che intendono assumere”.

Di rilievo è la previsione secondo la quale l'esperto si astiene dalla valutazione in caso di conflitto di interessi in relazione ai beni da valutare e quella che su quest'ultima linea preclude ogni incarico di esperto indipendente a soci, amministratori o sindaci della società che conferisce l'incarico o di altre società o enti che la controllino, o che siano controllati anche se nel solo triennio precedente al conferimento dell'incarico; o che siano dipendenti o legati da rapporto di lavoro autonomo con la SGR, anche se soltanto nel triennio precedente; o che siano parenti o affini entro il quarto grado dei soci come sopra; o, infine, che versino “in una situazione che può compromettere comunque l'indipendenza nei confronti della società che gli conferisce l'incarico”.

Emerge una figura assai rilevante nella circolazione di immobili pubblici o servizi pubblici o anche privati: come sempre, in mezzo ad un corredo di norme, ispirate questa volta -come abbiamo visto- dalla Banca d'Italia che controlla direttamente i fondi immobiliari rivolti alle pubbliche amministrazioni e interfaccia la sua attività con l'Assogestioni che raggruppa i gestori di risparmio, dunque tutte le SGR.

Di recente Assogestioni ha pubblicato un “rapporto tra le AGR e gli ‘esperti’ nell’attività di valutazione dei beni immobili, diritti reali immobiliari e partecipazioni in società immobiliari” che si sostanzia in linee - guida per le SGR nel loro rapporto con gli esperti indipendenti, incaricati delle valutazioni dei beni immobili, diritti reali e partecipazioni in società immobiliari non quotate in borsa.

La linea guida sull’indipendenza degli esperti sviluppa in una casistica minuta tutte le situazioni che ostano all’assunzione dell’incarico valutativo, comprendendo *advisor, property management, facility management, project management* e *agency* (punto 4)⁵⁷.

Anche le *relazioni di stima* e i *giudizi di congruità* degli esperti indipendenti, che costituiscono i due oggetti essenziali del loro lavoro, vengono fatti oggetto di normativa dettagliata nell’individuazione dei contenuti minimali delle suddette relazioni di stima o valutazioni di congruità: si giunge fino all’obbligo di previa accurata ispezione del bene da valutare⁵⁸. Infine sulla professionalità le linee guida individuano, per l’indipendenza e l’incompatibilità, requisiti ulteriori e più penetranti rispetto a quelli di legge e regolamenti⁵⁹.

⁵⁷ Si osserva nel testo: “Oltre alle ipotesi di conflitti di interessi sui beni da valutare e alle incompatibilità di cui all’art. 17 del d.m. 228 del 1999, la presente Linea guida prevede che le fattispecie di conflitto di interessi relative al rapporto con l’esperto indipendente siano oggetto di adeguata trattazione nella *conflict policy* della SGR”.

⁵⁸ La relazione di stima per gli immobili a reddito esplicita i parametri “utilizzati nella valutazione (tassi di attualizzazione, modalità di definizione dei canoni anche nel caso *break options, i free rent periods e/o steps*, il numero degli anni inseriti nel modello di valutazione, le clausole particolari in materia di costi (ad esempio, *triple nel lease*), i tassi di capitalizzazione, i *cap out, i cap in*, i canoni di uscita, i *comparables* utilizzati nei metodi comparativi e nel metodo finanziario).

La previsione di un soggetto responsabile delle valutazioni, nel caso in cui gli esperti indipendenti siano persone giuridiche, risponde all’esigenza di individuare un interlocutore certo, anche al fine di favorire l’efficienza dei flussi informativi tra gli esperti indipendenti e le SGR, nonché di favorire la ricostruzione dell’iter valutativo e la corrispondenza delle informazioni trasmesse con la documentazione esaminata.

La relazione di stima contiene altresì indicazioni delle eventuali ispezioni fisiche eseguite sui beni in portafoglio che saranno concordate in relazione alla consistenza, tipologia e natura dei beni stessi.

Con riferimento alla Linea guida 6.2, si precisa che la possibilità di prevedere sopralluoghi a campione è derogata rispetto alla disciplina generale che prevede il sopralluogo su ciascun immobile. Tale deroga può essere contrattualmente prevista nelle ipotesi di portafogli immobiliari massivi ovvero molto frazionati (come, ad esempio, nel caso di immobili destinati ad uso residenziale)”.

⁵⁹ Anzitutto i soggetti coinvolti nei processi di valutazione, e non solo i responsabili di essa, devono essere tutti in possesso dei requisiti di professionalità previsti.

“Inoltre, nel caso di esperti indipendenti persone giuridiche, si richiede che questi siano in possesso di apposita certificazione di qualità di processo. Detta previsione è volta a garantire che la selezione degli esperti indipendenti da parte delle SGR sia

La figura professionale sulla quale ci siamo soffermati presentandone gli aspetti giuridicamente salienti, non può essere definita se non come emblematica di una vera *cura publica* per la assoluta neutralità di una funzione che si esercita tanto nei riguardi di interessi pubblici (il giusto valore di mercato di un edificio che una Università conferisce in un fondo immobiliare controllato dalla Banca d'Italia) quanto privati (transazioni bancarie, tra istituti di credito e risparmio, ecc.). Un esempio, può dirsi, da seguire quando il legislatore statale originale intenda costituire un nuovo presidio di neutralità -e professionalità insieme- o porre rimedio a precedenti "timidezze" o connivenze per munire l'organo neutrale di difese efficaci contro qualsiasi tentazione propria o altrui di agire non nell'interesse oggettivo della certezza, con applicazione delle regole dell'arte, bensì per utilizzare una funzione neutrale per scopi di parte, curando di procurare effetti economico sociali favorevoli ad esempio al proprio committente derivanti dall'esercizio della funzione affidatagli. Nell'ambiente degli esperti che vantano indipendenza si registra la presenza di un controllo di ambiente che nulla ha a che vedere con l'opacità di tante strutture amministrative che, pur di riservarsi un'eventuale azione, anche estemporanea, contraria agli obblighi di ufficio, preferiscono conservare la caratteristica di opacità allo scopo di confondersi nella vasta e talora trascurata organizzazione di uffici pubblici e operare senza ricevere (*recte*, sperando di non ricevere) disturbo da alcuno.

L'esperto indipendente mette in gioco la sua professionalità ed un solo errore grave lo escluderà per sempre dall'ambiente tradito. È noto che l'autorità indipendente Banca d'Italia presenta tuttora aspetti di affidabilità innegabili e per vero incoraggianti: il suo idoneo intorno, come l'ambiente degli esperti indipendenti sembra affidabile nella stessa misura della "casa madre" rivelando, oltre che assoluta indipendenza, una vera vocazione per la neutralità dell'andamento del proprio impegno professionale nelle valutazioni di immobili -accertamenti costitutivi del valore economico- loro affidate.

Non c'è interesse alcuno nell'esperto al conseguimento di effetti, neanche riflessi, derivanti dalla sua *expertise* ma soltanto ad espletare un servizio

orientata verso quelle società che impongono a tutti i soggetti aziendali preposti alla valutazione il rispetto di codici di deontologia professionale e l'adozione delle migliori prassi e procedure di mercato.

I requisiti, che dovranno essere valutati in relazione alla natura e alla complessità dell'incarico, prevedono da un lato il requisito formale di iscrizione ad istituti indipendenti di valutazione e, dall'altro lato, implicano la verifica che gli esperti indipendenti siano qualificati ad effettuare le valutazioni.

Un ulteriore requisito di professionalità attiene agli standard minimi tecnico-organizzativi che gli esperti indipendenti devono possedere al fine di gestire in modo appropriato il mandato ricevuto.

Ne discende che la scelta da parte delle SGR degli esperti indipendenti dovrebbe prevedere procedure trasparenti di selezione ed essere orientata all'individuazione di parametri qualitativi che qualificano l'offerta".

di interesse alieno -solo nel senso che senza l'intervento dell'esperto, quella determinata transazione economicamente rilevante non potrà aver luogo, non nel senso del merito delle sue conclusioni tecniche- che concludono comunque la fase istruttoria precontrattuale (come si direbbe di una sentenza civile) dello sterile procedimento.

L'esperto indipendente gode, dunque, della maggiore possibilità di esprimere in esso professionalità e adeguatezza al compito, assunto *pro veritate*. Infine, la prassi del lavoro in gruppo -composto almeno da tre esperti- rafforza l'offerta di neutralità che è per solito accettata senza alcuna diffidenza da chiunque se ne possa giovare.

6. L'arbitro finanziario Consob

Dal 9 gennaio 2017 è attivo presso la Consob l'arbitro per le controversie finanziarie, istituito e retto dal regolamento del 4 maggio 2016⁶⁰, a sua volta previsto dal d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, aggiornato con l'inserimento nell'art. 2 originario dei co. 5-bis e 5-ter.

L'ACF è competente per controversie relative alle violazioni di obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza cui sono tenuti gli intermediari (anzitutto gli istituti di credito, nel mercato denominate "banche", ma anche i gestori di portali di *equity crowdfunding*) fino ad una domanda risarcitoria proposta dagli investitori ammontante ad €. 500.000,00, nei loro rapporti con gli investitori.

Non molto diversamente all'arbitro bancario finanziario (ABF), operante presso la Banca d'Italia, le norme prevedono l'adesione obbligatoria alla procedura da parte dell'intermediario, nonché la gratuità e non obbligatorietà del procedimento giustiziale, che, peraltro, non può superare il termine di 90 giorni.

L'ACF, al termine di un contraddittorio abbastanza ben regolato, esprime una pronuncia non esecutiva, ma individua l'eventuale comportamento illegittimo e dannoso dell'intermediario, nel caso che riconosca la ragione dell'istante investitore, esprime censura per l'intermediario individuando le regole che avrebbero dovuto essere da lui applicate nel rapporto con l'investitore ed eventualmente precisando la somma dovuta dall'intermediario all'istante a titolo di risarcimento del danno.

In quest'ultimo caso, l'inadempimento dell'intermediario rispetto alla decisione assunta gli meriterà una "sanzione reputazionale" consistente nella pubblicazione di tale inadempimento.

Ovviamente, l'investitore può adire il Tribunale ordinario competente per territorio dopo la conclusione favorevole o contraria dell'arbitrato: nel primo caso, vantando un titolo risarcitorio, può chiedere al giudice -se del caso- di

⁶⁰ Delibera n. 19602, in GU n. 116 del 19 maggio 2016.

meglio definirle in aumento; nel secondo, censurando nel merito e/o nella procedura la procedura arbitrale conclusa contrariamente alla sua domanda.

Va, tuttavia, rilevata -a proposito di indipendenza/autonomia dell'arbitro⁶¹- la circostanza che Consob, oltre al presidente, esprime la maggioranza del Collegio (altri due designati), mentre gli ulteriori due componenti vengono designati l'uno dal Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti e l'altro dalle associazioni di categoria degli intermediari maggiormente rappresentative (stesse proporzioni per i supplenti).

Ma se Consob non è abbastanza lontana dal Governo (non può dirsi altrettanto per la Banca d'Italia), forse un economista con i titoli adeguati (universitario, libero professionista, avvocato o dottore commercialista) avrebbe meglio integrato il Collegio, in funzione di una neutralità tipica, come vedremo, della parte maggiore delle istanze giustiziali, sostituendo un componente della maggioranza nominata al suo interno da Consob.

⁶¹ L'ufficio di segreteria tecnica che coadiuva il Collegio è costituito da un ufficio Consob ma «*non coordinato nell'ambito delle divisioni*»: una definizione in positivo della posizione della segreteria tecnica sarebbe stata preferibile, dal momento che quella negativa è palesemente elusiva.

Funzioni neutrali e autorità indipendenti

Sommario: 1. *Il mito della neutralità delle autorità amministrative indipendenti. Considerazioni critiche.* 2. *La discrezionalità nella verifica della natura giuridica delle funzioni delle autorità indipendenti.* 3. *L'interesse pubblico specifico come elemento rivelatore della mission.* *Qualche spunto di riflessione e un esempio.* 4. *L'attribuzione di alcune funzioni neutrali alle autorità indipendenti come garanzia di buona amministrazione.*

1. *Il mito della neutralità delle autorità amministrative indipendenti. Considerazioni critiche*

Sia consentito, a questo punto della ricerca, introdurre alcuni spunti critici sulle autorità amministrative indipendenti, volendo limitare le riflessioni alla possibilità che esse svolgano funzioni *amministrative* neutrali: non si intende qui affrontare un'analisi dei poteri neutrali attribuiti alle autorità indipendenti, non apparendo proficuo, nell'economia di questo studio, un tentativo di ulteriore approfondimento di queste assai discusse figure giuridiche, ampiamente studiate in dottrina sotto diversi profili, incluso quello attinente all'effettiva neutralità delle funzioni da esse svolte, legato, per vero, soltanto al modo -estremamente differenziato tra le molteplici autorità che operano nel nostro ordinamento giuridico- in cui la legge disciplina la loro indipendenza sia sotto il profilo genetico-strutturale, sia sotto quello, ben più rilevante ai fini della neutralità, funzionale.

A questi organismi si garantisce la massima indipendenza dal potere esecutivo, ossia li si rende "irresponsabili davanti al governo¹ e, nel contempo,

¹ Per un'accurata analisi critica delle rilevanti ricadute nell'attività amministrativa sul principio di responsabilità, con particolare riferimento ai profili di separazione tra politica e amministrazione, si aggiungano ai riferimenti bibliografici indicati nei capitoli precedenti, quelli di A. POLICE, *Il principio di responsabilità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., p. 195 ss.; nonché Id., *L'attività amministrativa tra legalità e responsabilità*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli 2012, p. 823 ss.

L'a. osserva che "i profili della responsabilità dirigenziale, dei meccanismi e delle istituzioni preposte alla garanzia della relativa verifica, delle autorità indipendenti di

non legittimati dal corpo elettorale”², non trattandosi di organismi elettivi, bensì designati con differenti procedure di nomina per ciascuna autorità, frutto delle diverse epoche politiche in cui esse sono state istituite³.

recente emanazione da parte della legge statale a garanzia dell’efficienza delle pubbliche amministrazioni anche a livello dirigenziale, costituiscono misure radicalmente inadeguate e inefficaci”. Nel commentare il circuito di “pretesa valorizzazione della dirigenza, fissazione di obiettivi, valorizzazione del merito, attraverso strumenti di misurazione più o meno scientifici, ... prodotti grazie allo studio di economisti più o meno fittizi ed indipendenti”, l’a. rileva come esso produca il risultato di “generare un fumo protettivo della assoluta subordinazione delle sfere dirigenziali al vertice politico”.

Con particolare riferimento alle autorità indipendenti, Police conclude in termini assai critici: “che poi a garanzia di questa cortina fumogena si debbano nominare cinque “guardiani” con elevatissime competenze, di grandissima preparazione tecnica ed assoluta integrità morale, è l’ulteriore beffa al danno istituzionale. È il segno di quanto sia ancora lungo il cammino per l’affermazione, anche in questo ambito, del principio di responsabilità”.

² Così M. SIMONCINI, *Amministrazione giustiziale e autorità amministrative indipendenti: profili comparati di tutela*, in *Law Electronic Journal* 2009, n. 15, la quale sottolinea il problema “dell’*accountability* di queste autorità, sottratte al circuito democratico in nome dell’introduzione della tecnocrazia”, configurandosi il rischio di forgiare dei *modern kings*, riprendendo l’espressione di S. CASSESE, *Modern kings - non elected bodies in modern democracies*, paper presentato a C.R.E.A., *Ancienne Ecole Polytechnique*, Parigi, 1998. Cfr. inoltre G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica: tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano 2006. In particolare, sulle ricadute in positivo ed in negativo della mancanza di una legittimazione democratica cfr. le fondamentali riflessioni di F. MERUSI - M. PASSARO, *Autorità indipendenti. Un potere senza partito*, Bologna 2011. È noto che la bibliografia sulle autorità amministrative indipendenti sia sterminata, né in questo studio intendiamo occuparci di questi organismi, bensì soltanto della loro “neutralità”; pregevoli considerazioni generali in punto di neutralità sono offerte da F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano 2010, nonché dalle sue riflessioni contenute in M. D’Alberti - A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l’economia*, Bologna 2011; F. Luciani (a cura di), *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli 2011.

³ Si tratta, insomma, di organi non dotati di alcuna copertura costituzionale; ed è proprio su questo punto che la dottrina interviene assai spesso nel tentativo di suggerire la giusta via per dotare questi organismi di una legittimazione che, tuttavia, appare assai contrastante con il nostro sistema ordinamentale.

V’è poi altra parte della dottrina che ritiene che le autorità indipendenti siano organismi di matrice prettamente comunitaria e soltanto in quell’ordinamento giuridico possono trovare la loro legittimazione. In particolare, F. MERUSI, *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in *L’indipendenza della autorità*, a cura di F. Grassini, Bologna 2001, p. 30 ss., inquadra le autorità indipendenti nel concetto di autarchia, ritenendo che anche l’attribuzione di poteri normativi non debba trovare necessariamente riscontro nel nostro ordine costituzionale delle

fonti, poiché questo è inadeguato a definire i poteri delle autorità; queste ultime, quindi, non rispondono ai principi del nostro sistema costituzionale, bensì soltanto a quelli comunitari in materia di produzione delle norme giuridiche. Contra M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, I, Roma 1997 per la quale soltanto l'investitura democratica potrebbe legittimare la titolarità di poteri normativi.

In senso conforme all'impostazione di Merusi, si vedano le considerazioni di V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'Alberti, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2009, *cit.*, p. 75 ss., per il quale il problema della copertura costituzionale dei poteri normativi attribuiti alle autorità indipendenti, pare nella gran parte delle sue manifestazioni superato dalle previsioni di diritto europeo che in molti settori economico sociali "prevedono, appunto, che la regolazione nazionale, in base ai principi dello stesso diritto europeo, preveda specifiche autorità di settore, dotate di indipendenza e comunque differenziate rispetto alle ordinarie articolazioni dell'organizzazione statale". Peraltro, sottolinea l'a., queste autorità di settore "ricevono dallo stesso diritto europeo ampie attribuzioni di poteri di regolazione, alcuni dei quali certamente ascrivibili alla categoria dei poteri normativi". F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. Longobardi (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico - istituzionale*, II ed., Torino, 2009, 295 ss.; cfr. G. MORBIDELLI, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, in *Munus* 2011, p.2 ss.; M. CLARICH, *Presenziazione*, in M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, p. I ss.; N. LONGOBARDI, voce *Autorità Amministrative Indipendenti (Dir. Amm.)*, in *Treccani.it* 2015; A. PINESCHI, *Autorità sovranazionali di regolazione finanziaria e diritto costituzionale: brevi considerazioni*, in *www.federalismi*, n. 24/2015.

Non si trascuri, inoltre, che in un ordinamento fortemente pluralistico nell'assetto dei pubblici poteri come il nostro, la legge attribuisce spesso poteri normativi a soggetti diversi da quelli previsti in Costituzione, ossia ad organismi non politici, cioè non direttamente rappresentativi della collettività. Si tratta del fenomeno assai lucidamente descritto già da A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli 1970, allorché osservava che "in un sistema così congegnato, i cui elementi sono diventati tanto intensamente bisognosi di disciplina -in buona parte tecnica- e vogliosi di autonomia, i centri di formazione sono venuti naturalmente a moltiplicarsi, diffondendosi perciò su vasta scala la portata normativa delle più diverse autorità amministrative" (p. 51).

Vero è, piuttosto, che l'attribuzione di simili poteri dovrebbe poggiare su un'adeguata base legislativa, che non si limiti cioè alla mera previsione del potere, ma che contenga indicazioni più o meno specifiche circa l'oggetto, gli scopi e gli interessi da curare, nonché circa i presupposti per l'esercizio del potere in concreto e gli spazi normativi da coprire; previsioni che assai spesso mancano nella legislazione sulle autorità indipendenti, circostanza che legittima i molteplici dubbi di costituzionalità avanzati in dottrina e mitigati soltanto dalle impostazioni appena riferite, che riconducono la legittimazione dei poteri delle autorità al diritto comunitario.

Proprio i procedimenti di nomina delle diverse autorità indipendenti⁴, diretti a neutralizzare il carattere politico dell'amministrazione, rivelano, in realtà, la stretta connessione tra politica e amministrazione: in prima approssimazione ciò appare dimostrato dal fatto che la prima conserva sulle nomine dei componenti delle *authorities* quantomeno la prassi dell'avallo delle designazioni⁵.

⁴ Quello parlamentare che prevede la nomina da parte dei presidenti di Camera e Senato; quello governativo, con nomina da parte del presidente della Repubblica; infine quello ad investitura congiunta nel quale la nomina governativa è sottoposta all'approvazione dei due terzi della commissione parlamentare competente. Com'è stato rilevato in un recente studio, la nomina da parte dei presidenti delle Camere -che sembrava essere la scelta più idonea in punto di garanzia di indipendenza "genetica"-, ha perso, in realtà, gran parte del suo pregio "da quando le forze politiche hanno stabilito che entrambi i presidenti delle assemblee parlamentari debbano essere espressione della maggioranza di governo". Questa circostanza ostacolerebbe una selezione oggettivamente meritocratica (per vero non prevista dalla legge): sebbene le norme prevedano espressamente la sussistenza di requisiti minimi in termini di competenza e moralità, non si procede, tuttavia, "ad una valutazione comparativa tra potenziali concorrenti, con consequenziale rischio di imporre influenze politiche (anche a fronte di nomine parlamentari, se solo si pensa alla circostanza che, di regola, la maggioranza di governo è tale anche in parlamento)". Così M. CALABRO', *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino 2012, p. 275, riprendendo le analoghe considerazioni di M. MANETTI, *Un passo avanti verso la riforma delle autorità indipendenti*, in *Rass. parlament.*, 2007, p. 43 ss.

⁵ G. MONTEODORO, *Il sindacato sugli atti delle amministrazioni indipendenti tra discrezionalità tecnica e merito*, Relazione al Convegno di Studi su "Economia e diritto amministrativo", Bari 8-9 marzo 2013, richiamando l'impostazione irtiana in base alla quale ciò che avviene con le autorità indipendenti potrebbe esemplificativamente riassumersi osservando che la politica, tecnicizzandosi, governa la società, sottolinea come il problema fondamentale, rintracciabile in definitiva nella mancanza di una copertura costituzionale di questi organismi, sia riconducibile proprio alle nomine parlamentari che il nostro ordinamento giuridico ha preferito rispetto a quelle effettuate dall'esecutivo (tipiche, invece, dell'ordinamento nordamericano sospinto da un'esigenza di giustificabilità delle nomine stesse, effettuate tramite procedura selettiva "che assicura il rispetto del principio di competenza", osserva Montedoro), perché indotto (anzi obbligato) a preferirle dal principio dell'indipendenza. Sicché la stessa tecnica viene vulnerata *ab imis* allorché si volga lo sguardo alle procedure di nomina (sostanzialmente parlamentari).

Se le *authorities* abbiano o meno natura politica intrinseca, è questione complessa che andrebbe vagliata, osserva l'a., in un dibattito profondo relativo alla loro copertura costituzionale. V'è chi, com'è noto, le ritiene "paragiurisdizionali", ma a ben guardare, "convince molto di più la prospettiva sposata da Irti per il quale, appunto, la politica, tecnicizzandosi, governa la società: e si tecnicizza sempre più perché non può fare a meno dei saperi tecnici". D'altro canto, rileva N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli 2007, "se la politica non si riempie di contenuti, di verità, essa non

Quest'ultima notazione, per vero, non viene unanimemente condivisa nelle riflessioni della dottrina: talvolta, rifacendosi all'esperienza francese, si è ritenuto che questi organismi, nell'esercizio delle loro funzioni, pongano in essere una peculiare attività di esecuzione della legge⁶, un *tertium genus* rispetto all'amministrazione e alla funzione giudiziaria⁷.

Sarebbe, in particolare, l'alta tecnicità delle competenze affidate alle autorità indipendenti a fondare la loro legittimazione e a giustificarne la qualificazione come organismi assimilabili agli organi costituzionali che svolgono funzioni neutrali o quasi giurisdizionali in settori talmente complessi e caratterizzati da un alto tasso di tecnicità, da rendere indispensabile la loro indipendenza da condizionamenti provenienti, sia dalla politica sia dalle *lobbies* degli operatori del settore.

Proprio insistendo sull'indipendenza delle autorità di regolazione si giunge ad escludere la natura politica delle loro funzioni, per affermarne quella di rilievo costituzionale, svolta in condizioni di estraneità e indifferenza rispetto agli interessi coinvolti⁸.

In senso opposto, altra dottrina individua nelle autorità indipendenti la titolarità di una vera e propria funzione di indirizzo politico -più spesso politi-

saprà affrontare le sfide della tecnica, della globalizzazione, del mercato". Cfr. anche Id., *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Roma - Bari 2008.

Sulla commistione tra politica e amministrazione si vedano i contributi dottrinari, già richiamati nei capitoli precedenti.

⁶ G. AMATO, *Le autorità indipendenti nella Costituzione economica*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano 1997, condivisa nella premessa maggiore per la quale si esclude che queste autorità abbiano natura amministrativa da S. CASSESE, *La Commissione Nazionale per la Società e la Borsa - Consob e i poteri indipendenti*, in *Riv. soc.* 1984, 410 ss.; nonché Id., *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro it.* 1996, V; Id., *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. Cassese - C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna 1996. Più di recente, si vedano i contributi della dottrina richiamati *supra*, nei capitoli precedenti.

⁷ Si vedano in proposito le riflessioni di P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova 2002, p. 87 ss., il quale rileva come alla base di questa impostazione vi sia la considerazione per la quale la complessità dell'organizzazione pubblica "non consentirebbe una configurazione unitaria delle molteplici ed eterogenee strutture pubbliche, secondo la tradizionale concezione organicistica del potere". Cfr. anche A. POLICE, *Il potere discrezionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit.

⁸ Si tratta ancora dell'impostazione di G. AMATO, *Le autorità indipendenti nella Costituzione*, cit. Ma, sul punto, si vedano anche le considerazioni di R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1996, p. 115 ss. per la quale le autorità indipendenti sono organi sottratti a qualsiasi relazione gerarchica, allocati in posizione analoga all'ordine giudiziario e caratterizzati da un'indipendenza che rende incompatibili i loro compiti con la natura amministrativa. Ne deriva che la disciplina dei loro poteri (che riguarda il loro conferimento e non il comportamento) renderebbe palese l'inclusione di questi organi nell'apparato amministrativo.

co-economico- che poggerrebbe sull'indeterminatezza della normativa posta a disciplina della funzione stessa, incapace di delimitare in alcun modo la discrezionalità accordata a queste autorità, sicché tale indeterminatezza aprirebbe la via a prerogative non soltanto attuative, ma anche integrative delle scelte demandate al legislatore; attività libere nel fine, quindi certamente politiche⁹.

Per questo motivo, quello della neutralità delle autorità indipendenti viene spesso definito come un falso mito¹⁰ indotto dalla tecnicità delle competen-

⁹ Ad una inusitata discrezionalità nel governo del settore della concorrenza si riferisce G. VOLPE, *Indagine sulle funzioni dell'autorità antitrust: verso un "governo tecnico del settore"*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano 1996, p. 1545 ss.; G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.* 1996, p. 1 ss., ritiene vi sia titolarità di un "potere politico effettivo"; G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Volume I, Parte generale, Lezioni, seconda edizione, Milano 2013, Volume II, Parte speciale, Letture, quarta edizione, Milano, 2013.

¹⁰ Pur ritenendo che le autorità garanti svolgano una vera e propria funzione amministrativa (sebbene evidentemente "inquinata" da scelte di carattere politico), alcuni autori parlano di falso mito della neutralità riferendosi all'ampio potere discrezionale, spesso celato dietro le regole tecniche. Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle amministrazioni indipendenti*, in F. Francario (a cura di), *Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti*. Giornate di Studio sulla giustizia amministrativa dedicate al prof. Eugenio Cannada Bartoli. Atti del Convegno di Siena, 31 maggio- 1 giugno 2002. Milano 2003, p. 105 ss.; E. CARDI, *La Consob come istituzione comunitaria*, in F. Bassi - F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano 1993, p. 207 ss.; A. POLICE, *Il potere discrezionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit.; Id., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino 2007, p. 250 per il quale la politicità intrinseca di gran parte delle autorità, non consente la riconduzione del potere da esse esercitato alla mera discrezionalità tecnica.

Condivide integralmente questi rilievi G. DELLA CANANEA, *Complementarietà e competizione tra le autorità indipendenti*, in *Vent'anni di antitrust*, cit., p. 309 ss., il quale avverte nel fenomeno della proliferazione delle autorità indipendenti una scarsa consapevolezza delle implicazioni che comporta l'aver creato "una pluralità di autorità dotate di un elevato tasso di autonomia" con le quali si corre il rischio di "spacciare per neutrale un modello di organizzazione e funzionamento delle istituzioni pubbliche che, in questo campo forse più che in altri, tale non è, non può essere, pur senza muovere da opzioni di tipo politico", nonché il rischio di trascurare "le differenze specifiche che connotano ciascuno di quei modelli".

In particolare, disquisendo dell'AGCM, l'a. individua due paradigmi differenti nei quali si suole inquadrare l'attività delle amministrazioni indipendenti, ritenendo che l'adesione al paradigma della giustizia consentirebbe "minimizzare i costi derivanti dalla sovrapposizione delle forme di azione delle autorità indipendenti e, di converso, massimizzare l'importanza del ruolo del regolatore settoriale", adottando una "soluzione coerente con il principio di specialità". Al contrario, l'adesione al paradigma dell'amministrazione, comporta il riconoscimento in capo all'*antitrust* di un ruolo centrale, anziché suppletivo e residuale.

ze che, tuttavia, non consente punto di escludere la loro natura politica, ma soltanto di qualificare quelli svolti dalle autorità indipendenti come compiti politici affidati ad organi tecnici¹¹.

Questa corrente dottrinale esclude, dunque, il carattere amministrativo discrezionale dei compiti affidati alle autorità indipendenti per affermarne quello politico, poggiando sulla circostanza per la quale il bilanciamento tra gli interessi non viene realizzato a monte dalla legge: la norma attributiva del potere lascerebbe un margine di discrezionalità talmente ampio, da indurre appunto ad escludere la natura amministrativa delle funzioni svolte da queste autorità per affermarne quella squisitamente politica.

Analizzando le teorie relative ai due paradigmi, l'a. intende suggerire alcune "variazioni al margine, in ordine ad un punto di importanza non secondaria": pur volendo insistere sulla neutralità delle funzioni svolte dalle autorità indipendenti, si tratta senz'altro di una neutralità assai diversa rispetto a quella della funzione giurisdizionale. E questa diversità comporta l'assoggettamento di questi organismi ad un regime giuridico differente: "non a caso soltanto alcuni di essi hanno la potestà di dirimere le controversie tra privati, con decisione vincolante". Si tratta, conclude l'a., senz'altro di atti di amministrazione -per i quali la Costituzione impone il controllo giurisdizionale- adottati da organismi che seguono la logica delle amministrazioni anziché quella della giustizia, motivo per il quale subiscono continue critiche in ordine alla loro politicizzazione.

Infine, rileva A. POLICE, *Il potere discrezionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, cit.*, che l'attività delle autorità garanti, poggia sulla "stratificazione di valutazioni dei fatti fondate sulla tecnica di soluzioni costruite sulla ponderazione degli interessi, dalla quale si coglie tutta la complessità delle funzioni svolte dalle autorità. "Una funzione per la quale la tecnica costituisce un essenziale parametro per una scelta che è eminentemente fondata su di una ponderazione fra interessi di diseguale consistenza" (p. 383). Anzi, si rafforza l'assunto per il quale le autorità indipendenti non svolgono punto funzioni neutrali, osservando come la "convivenza tra le ragioni della tecnica e quelle della "politicalità" proprie della ponderazione fra interessi, ben sembra possibile ed anzi si postula come necessaria per il corretto esercizio della funzione amministrativa *antitrust*, si palesa in tutta la sua evidenza la non necessità di un mito: quello della pretesa neutralità della funzione e del suo carattere quasi giustiziale e non amministrativo" (*ibidem*).

¹¹ Come riporta all'attenzione S. AMOROSINO, *Stelio Valentini e la sua sistemica dell'organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm.* 2016, p. 239 ss. sull'ampia monografia di sintesi di S. VALENTINI, *Figure, rapporti, modelli organizzatori*, in G. Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. IV, Padova 1996, nella lucida sintesi dell'a. condotta sul registro dell'effettività della democrazia nell'organizzazione pubblica appare la considerazione che "la complessità giuridica delle attribuzioni organizzanti è direttamente proporzionale al grado di garanzie poste nell'esercizio dei pubblici poteri". Con riferimento alle autorità amministrative indipendenti ed al loro "erompere", come aveva detto Alberto Predieri nel 1997, S. Valentini critica "l'abbandono di intere materie ad autorità tecniche" e "di scelte, a torto o a ragione ritenute neutrali, per le quali la politica ha dimostrato la propria incapacità".

Peraltro, la mancanza di rigidi parametri normativi che vincolino l'attività delle autorità indipendenti, impedirebbe al giudice un sindacato basato in concreto su quei parametri funzionali (che qui mancherebbero) che sono necessari per vincolare l'attività delle autorità e indispensabili affinché, appunto, il giudice possa procedere al sillogismo per esercitare il suo sindacato¹².

In realtà, come pure è stato rilevato, sembra sfuggire a queste ricostruzioni la circostanza per la quale la mancanza di una specifica delimitazione normativa della discrezionalità non consente di escludere l'esistenza di un criterio ordinatore, sol che si pensi che tutte le leggi istitutive delle autorità indipendenti insistono sulla definizione del profilo funzionale dei compiti assegnati loro, diretto proprio ad individuare il vincolo di scopo cui deve attenersi l'esercizio delle potestà demandate¹³. Esse, infatti, non agiscono per fini generali, bensì per la cura di un interesse pubblico specifico e la loro attività è passibile del sindacato sotto il profilo funzionale: è il dato positivo che induce a ricavare profili funzionali nell'attività di garanzia¹⁴.

¹² In questo senso C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, a cura di V. Parisio, Milano 1988, p. 71 ss. Si veda, più di recente e quanto al sindacato del giudice sulle sanzioni erogate dalle *authorities* A. ORECCHIO, *Il sindacato di merito sulle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in www.federalismi.it, 27 gennaio 2016; D. DE TOMMASO, *Il sindacato sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti*, in www.altalex.com, 2015.

Più in generale, tra i contributi più recenti sul sindacato del giudice sugli atti delle *authorities*, cfr. R. SPOSATO, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in www.ildirittoamministrativo.it 2015; M. FELICE, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2015. Infine, si vedano i contributi di L. CARBONE, *L'esperienza di regolatore e di giudice*; C. CONTESSA, *I metodi e gli strumenti del sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità nell'esperienza nazionale*; B. G. MATTARELLA, *Il futuro del rapporto tra giudice e autorità indipendenti*; A. GENOVESE, *Il controllo del giudice sulla regolazione finanziaria* G. M. ROBERTI, *Modelli e tecniche di sindacato della Corte di giustizia dell'Unione europea*, nonché, per la prospettiva europea, di A. WHELAN, *A European perspective on the judicial review of the NRAs*, Relazioni al Convegno "Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti", Roma, AGCOM, 28 giugno 2016.

¹³ Si vedano in proposito le considerazioni di P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit., il quale, proprio su questo rafforzamento normativo del profilo funzionale dell'attività di garanzia, fonda l'affermazione della natura tecnico amministrativa delle funzioni svolte dalle autorità indipendenti, considerandola, peraltro, l'unica natura giuridica che non cede il passo di fronte all'esigenza di garanzia del sindacato giurisdizionale.

¹⁴ Dalle norme istitutive delle autorità, emerge, infatti, in tutta evidenza la definizione del profilo funzionale dei compiti assegnati alle autorità garanti: "accanto all'attribuzione di potere, non mancano indici positivi in grado di delineare il vincolo di scopo cui volge l'esercizio delle potestà demandate": non può ritenersi, dunque, che

D'altronde, se è vero che il giudice esercita spesso sugli atti delle autorità indipendenti un sindacato "debole", questo non dipende punto da una lacuna normativa nella regolazione del potere conferito: a ben guardare, infatti, l'ampiezza del sindacato dipende dalla regola della fattispecie. È, cioè, in ragione dell'alta esperienza e capacità tecnico professionale di queste autorità (oltre che della loro indipendenza) che il sindacato giurisdizionale sul loro operato viene definito dallo stesso giudice amministrativo come debole, cioè limitato al mero controllo di legittimità dell'atto nell'ambito del quale le scelte tecnico-discrezionali vengono conosciute sotto il profilo della insuperabile irragionevolezza, o illogicità, o violazione del principio di piena proporzionalità¹⁵: l'intensità del sindacato di fronte al complesso tema delle valutazioni tecniche, dipende dallo statuto epistemologico della scienza di cui l'autorità

tali autorità agiscano per fini generali, "o che la loro attività non possa essere sindacata sotto il profilo funzionale". Peraltro si sottolinea come l'attività di tali autorità "e gli atti attraverso cui essa si esprime, hanno l'attitudine ad incidere imperativamente su interessi individuali", sicché "sostenere il carattere 'politico' di questi atti condurrebbe ad escludere -o a rendere problematica- la tutela giurisdizionale dei diritti", né potrebbe immaginarsi un sindacato sulla *funzione*, com'è quello condotto alla stregua dell'eccesso di potere. Cfr. ancora, P. LAZZARA, *Op. ult. cit.*, p. 113.

D'altro canto, rileva R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano 1990, p. 124 ss., che il principio di legalità impone l'intervento del legislatore per l'attribuzione del potere e nella determinazione del fine che quel potere deve perseguire, non anche per la determinazione normativa dei criteri e delle direttive per l'esercizio del potere.

Sul rapporto tra potere sindacale di ordinanza di necessità e d'urgenza e il principio ormai generale dell'ordinamento di precauzione, cfr., da ultimo, P. OTRANTO, *Principio di precauzione e potere sindacale di ordinanza*, in www.giustamm.it, 2015.

¹⁵ Lo stesso giudice amministrativo, chiarisce M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino 2012, p. 96, ha rilevato che il controllo giudiziale è pieno sui fatti e sul rispetto del procedimento; sulle cosiddette "valutazioni tecniche complesse (come l'accertamento di un'intesa o di una posizione dominante da parte dell'AGCM) il giudice può verificare l'errore tecnico, ma non può sostituirsi all'amministrazione (Cons. Stato, sez. VI, n. 5156/2002)".

Si vedano, peraltro, le considerazioni di V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.* 1984, p. 462 ss., spec. p. 529, il quale rileva che "il giudice amministrativo di legittimità [...] è, nel sistema vigente, giudice del fatto come del diritto, non incontra altre limitazioni nell'accesso diretto alla conoscenza dei fatti di causa, che non siano quelle poste dal carattere proprio del giudizio come giudizio di parti, e dalla (parziale) limitatezza dei mezzi istruttori". Pertanto, osserva l'autore, i "margini di opinabilità che la conoscenza dei fatti [...] presenta, non di *tutti i fatti*, come è noto, ma segnatamente di quelli ad accertamento tecnicamente complesso, non costituisce evidentemente un ostacolo alla loro acquisizione nel giudizio amministrativo". Si vedano, tuttavia, le riflessioni di S. LUCATTINI, *Certezza e nuovo diritto giurisprudenziale: il regolare giudicando della autorità indipendenti di regolazione*, in www.federalismi.it, n. 18/2014.

tecnica fa uso, di fronte al quale il giudice può sindacare ed individuare l'errore soltanto allorché siano utilizzate scienze esatte, ma non può fare altrettanto di fronte all'utilizzo di scienze sociali o morali¹⁶. Ed è noto che il settore in cui opera la maggioranza delle autorità indipendenti è quello dell'economia e del mercato, ove si fa applicazione delle cc.dd. scienze economiche che sono tutt'altro che scienze esatte¹⁷, salvo che in alcune limitate ipotesi nelle quali

¹⁶ Si vedano le considerazioni svolte da G. MONTEDORO, *Il sindacato*, cit., a commento delle riflessioni di F. DE NOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici*, in *Mercato, concorrenza e regole*, n. 3/2000, p. 469 ss., il quale ritiene che l'ampiezza del sindacato del giudice sia rapportata alla tipologia di norma che regola il potere. Esistono, secondo l'a., preferenze semplici e preferenze strumentali: la preferenza semplice corrisponde ad una norma che attribuisce un concetto giuridico indeterminato e quindi non dice nulla sull'interesse pubblico, non c'è una scelta predeterminata dal legislatore, quindi il giudice può esercitare il suo sindacato con la massima ampiezza che il concetto giuridico indeterminato gli consente. Se, invece, c'è una preferenza strumentale e il legislatore ha stabilito il fine dell'amministrazione, quest'ultima persegue il fine, scegliendo tra interessi secondari e il giudice si deve ritrarre.

Ma questa vicenda, rileva Montedoro, è altro rispetto al sindacato sull'operato delle autorità indipendenti che utilizzano un sapere tecnico - economico che è alla base di moltissime delle loro valutazioni: "il criterio della preferenza semplice e della preferenza strumentale, in fin dei conti, non è altro che il criterio imposto dalla discrezionalità amministrativa, sicché il potere discrezionale viene sindacato dal giudice nel modo tradizionale; soltanto questo condiziona l'intensità del sindacato del giudice amministrativo". L'amministrazione può usare, nell'esplicazione dei saperi tecnici, scienze esatte, scienze sociali e scienze morali; quando ci si trovi di fronte ad una autorità che ha usato una scienza esatta è possibile individuare con facilità l'errore eventualmente commesso, mentre le cose stanno diversamente quando si è di fronte a scienze sociali dove emergono la quantità e la qualità. Sui "dati quantitativi", prosegue Montedoro, "si può agire con maggior certezza, ma su quelli qualitativi torniamo alla logica della persuasione; sulle scienze morali poi, il grado di incertezza è elevatissimo".

Cfr., inoltre, D. DE TOMMASO, *Il sindacato sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti*, in www.altalex.com, 2015, cit.

¹⁷ Sul potere di sindacare le scelte discrezionali delle autorità indipendenti, tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, si veda Cfr. R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in www.anticorruzione.it, 2013, n. 4. e almeno i contributi di F.G. SCOCA, *I provvedimenti dell'autorità e il controllo giurisdizionale*, in *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., p. 259 ss.; B. MARCHETTI, D. DE PRETIS, *La discrezionalità della pubblica amministrazione* in G. della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli 2006; D. DE PRETIS, *Antitrust, valutazioni tecniche e controllo giurisdizionale*, in *Dir e formaz.* 2004, p. 997 ss.; Id., *Scienza, discrezionalità e pubblica amministrazione*, in G. Comandé, G. Ponzanelli (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino 2004; A. CIOFFI, *Amministrazioni indipendenti, eccesso di potere, decisioni del giudice*

si è potuto raggiungere empiricamente più di un risultato stabile: ad esempio nella politica monetaria il metodo di azione *stop and go* consente allo Stato di evitare l'immissione nel mercato di liquidità monetaria quando si debba fronteggiare legittimamente un fenomeno inflattivo dell'economia nazionale. Nel caso inverso il passaggio dalle casse dell'Unione europea alle banche nazionali di fondi da distribuire alle banche per il credito dell'impresa a basso costo e per i mutui-casa più convenienti. Si tratta nei due casi di effetti economico-giuridici certi nell'*an* ma non nella loro entità.

2. La discrezionalità nella verifica della natura giuridica delle funzioni delle autorità indipendenti

Preme aggiungere che, come si è avuto modo di vedere, nel dibattito dottrinario -in questa ricerca si richiamano soltanto alcuni contributi nei quali si sono colti spunti relativi alla neutralità delle funzioni attribuite alle amministrazioni di regolazione e garanzia- emerge in tutta evidenza che la questione relativa alla natura delle autorità indipendenti e delle funzioni che esse esercitano, viene affrontata passando per l'analisi di questioni assai differenti, eppure profondamente collegate tra loro¹⁸: quella della misura e della natura

amministrativo, in *Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti*, cit., p. 177 ss; P. LAZZARA, *Amministrazioni indipendenti e discrezionalità tecnica*, ivi, p. 129 ss.; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e amministrazioni indipendenti*, ivi, p. 3 ss.; R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, ivi, p. 23 ss., nonché in *Dir. proc. amm.* 2002, 792 ss.; D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2000, p. 182 ss.; P. LAZZARA, "Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2000, p. 212 ss.; L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, ivi, p. 424 ss., in *Foro amm.*, n. 2/2000, p. 422 ss.; F. CARINGELLA, *La tutela giurisdizionale nei confronti delle autorità indipendenti ieri, oggi e domani*, in *Cons. Stato* 2000, p. 1535 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995 (Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Trento); A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, cit.; Id., *Lineamenti vecchi e nuovi della discrezionalità*, Milano 1992; Id., *Brevi note sulla discrezionalità amministrativa nell'ordinamento comunitario*, in *Atti del Convegno di Studi di Varenna*, 17 - 19 settembre 1992, Milano 1994.

¹⁸ D'altro canto la dottrina non manca mai di sottolineare l'estrema difficoltà di inquadrare le autorità amministrative indipendenti nell'ambito di uno dei poteri dello Stato, a causa della contestuale titolarità di compiti in qualche misura riconducibili all'esercizio di ciascuno di quei poteri. Cfr. *ex multis* M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in www.giustizia-amministrativa.it 2004; L. MAZZAROLLI, *Ricorso straordinario e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. amm.* 2002, p. 395 ss.; G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.* 1996, p. 1 ss.; A. MASSERA, "Autonomia" e

stessa della discrezionalità accordata a queste autorità; quella dell'interesse che esse perseguono e della conseguente possibilità di individuare una specifica *mission* (talora di autorità giustiziale in alcuni casi di contrasto con le imprese oggetto di procedimenti sanzionatori¹⁹) affidata loro dall'ordinamento giuridico; quella della definizione normativa dei limiti all'esercizio del potere e della funzionalizzazione di quest'ultimo.

In particolare, si è ritenuto che, al fine di accertare se le autorità indipendenti svolgano funzioni di natura amministrativa, sia necessario indagare sul tipo di discrezionalità che esse usano. Ma, una verifica di questo genere, passa necessariamente per la valutazione della sussistenza di un *interesse pubblico specifico* di cui esse risultino affidatarie. Ove, infatti, manchi questo interesse, la discrezionalità accordata alle autorità non potrebbe che essere soltanto tecnica: si considerino, ad esempio le funzioni giustiziali, inoltre quelle specificamente di *dispute resolution*, attribuite talora alle *authorities*, ove non è possibile riscontrare la cura di un interesse pubblico specifico, bensì quello assolutamente generale e oggettivo alla corretta applicazione della normativa: una funzione, quindi, del tutto neutrale caratterizzata da doverosità dell'imparzialità e da discrezionalità tecnica.

Peraltro, la mancanza di questo tipo di interesse pubblico condurrebbe ad escludere che la funzione regolatrice possa ricondursi alle tradizionali categorie del diritto amministrativo, essendo volta al perseguimento di un interesse pubblico oggettivo, interno al settore di riferimento²⁰.

Sicché, la misura e la natura della discrezionalità riconosciuta alle autorità indipendenti diventa indispensabile metro di valutazione della natura delle attività svolte: se si è in presenza di poteri autoritativi discrezionali, essi presuppongono la soggettivizzazione in capo all'autorità di un interesse pubblico specifico. Infatti, attraverso il potere discrezionale, l'amministrazione risolve un conflitto di interessi nel modo più confacente al proprio interesse e nel rispetto dei principi generali che guidano la sua azione²¹; allorché, invece, si tratti di discrezionalità tecnica, le scelte dell'amministrazione prescindono da una ponderazione comparativa degli interessi coinvolti.

"*indipendenza*" nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano 1988, p. 451 ss.

¹⁹ Cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale delle Amministrazioni indipendenti*, in *Annuario AIPDA*, Milano 2003, p. 249.

²⁰ V., in particolare, F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit.; Id., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge 287 del 1990)*, in *www.giustamm.it.*; A. D'ATENA, *Autorità di garanzia e qualità della legalità costituzionale*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano 1997, p. 115 ss.

²¹ Sul conflitto di interessi, si veda, da ultimo, A. CIOFFI, *Il conflitto d'interessi nella legge sull'azione amministrativa*, in Alb. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016, cit., p. 278 - 282, il quale ricerca e propone una *ratio* specifica della norma.

La discrezionalità, anche ampia, che la dottrina talvolta ritiene di poter riscontrare nell'attività delle autorità indipendenti, sembrerebbe, insomma, essere il frutto di un equivoco che poggia sulla premessa maggiore per la quale la mancanza di una disciplina legislativa puntuale, aprirebbe la via a valutazioni (anche ampiamente) discrezionali: per dirla con altra dottrina, questo filone presuppone che al grado di indeterminatezza della norma "corrisponda ... uno spazio volutamente non coperto dal legislatore e destinato ad ospitare la cosiddetta 'regola del caso concreto' che sarà posta dall'organo dell'amministrazione"²².

Ma, come si è rilevato poco sopra, v'è anche chi ritiene che "soltanto la produzione *ex lege* degli effetti sostanziali appare incompatibile con un'attribuzione di potere alla pubblica amministrazione"²³; al contrario, quando la legge attribuisce un potere autoritativo e discrezionale all'amministrazione, presuppone che su quest'ultima ricada la responsabilità degli effetti giuridici prodotti dall'assetto degli interessi scelto sulla base di una valutazione discrezionale che le è riservata dalla legge, quando quest'ultima rinuncia, appunto, a disciplinare quella scelta.

Di più, la corrente dottrina che riconduce alla politicità delle loro scelte le funzioni delle autorità indipendenti, utilizza la nozione di interesse pubblico a fini ermeneutici per individuare l'esercizio di un potere discrezionale soltanto ove tale interesse venga in diretta considerazione. Eppure, si è chiarito in dottrina, l'interesse pubblico non può in alcun caso mancare nei rapporti giuridici che coinvolgono un'autorità amministrativa; esso non può costituire un metro di paragone per rilevare "la forza e consistenza giuridica della sfera del cittadino e, correlativamente di quella dell'amministrazione"²⁴, sicché l'interesse pubblico costituisce senz'altro la *ratio* giustificatrice delle prerogative dell'amministrazione -ovvero *causa* dell'attribuzione del potere²⁵-, non un "elemento ermeneutico alla cui stregua riconoscere all'amministrazione una generale posizione di superiorità nello svolgimento delle funzioni pubbliche"²⁶.

²² Cfr. F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Scritti in onore di Feliciano Benvenuti*, Venezia 1996, p. 955, ss., spec. p. 958.

²³ Soltanto in questa ipotesi, prosegue P. LAZZARA, *Autorità indipendenti*, cit., p. 305, "l'indeterminatezza o la lacuna del dato normativo va interpretata a favore della libertà dei singoli ed in senso contrario al riconoscimento all'amministrazione di una riserva di valutazione".

²⁴ Così E. CANNADA BARTOLI, *Sanzioni amministrative e tutela giurisdizionale*, in *Atti del XXVI Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione*, Varenna 18-20 settembre 1980, Milano 1982, p. 159; in termini Id., (voce) *Interesse (Diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano 1972, p. 1 ss.

²⁵ Secondo la concettualizzazione che si deve a Alb. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.* 1999, p. 127.

²⁶ In questi termini riassume efficacemente le posizioni di E. Cannada Bartoli e Alb. Romano, P. LAZZARA, *Autorità indipendenti*, cit. In termini L. MAZZAROL-

Sembra, allora, più corretto ricondurre la discrezionalità delle amministrazioni indipendenti allo spazio -che è da ricondursi come specificamente proprio a ciascuna di esse- di autonomia e responsabilità accordato dall'ordinamento generale, piuttosto che all'interesse pubblico, cioè al vincolo positivo, poiché la definizione normativa di quest'ultimo, farebbe venire meno la comparazione tra interesse pubblico specifico e interessi privati.

La discrezionalità, infatti, lungi dall'essere la semplice risultante di una lacuna normativa, esprime la ragione giuridica stessa dell'organo amministrativo che risolve, appunto, il conflitto nel modo più soddisfacente per l'interesse di cui è portatrice l'amministrazione di appartenenza. Più precisamente, è il principio di funzionalità che, connotando giuridicamente il nesso logico che unisce l'azione amministrativa e il fine pubblico, si configura sempre come fonte di regolazione di quei poteri non disciplinati nel dettaglio. Peraltro, lo stesso principio di funzionalità consente di estendere il sindacato di legittimità sugli ambiti decisionali non direttamente regolati dalla legge.

Quindi, se la discrezionalità amministrativa delle *authorities* va ricondotta all'autonomia decisionale dell'amministrazione e alla responsabilità degli effetti dell'assetto di interessi fissato nella decisione, essa implica, tuttavia, una "riserva" al titolare della funzione delle scelte che sono alla base della sua esplicazione. Infatti, l'amministrazione assume la responsabilità delle modificazioni giuridiche che l'autorità produce e del giudizio sul valore che essa riconosce ai diversi interessi coinvolti, oggetto della sua ponderazione nel perseguimento dell'interesse pubblico: sicché l'individuazione di ambiti di valutazione "riservati" non dipende dal fatto che la scelta sia strettamente connessa all'interesse pubblico, perché quest'ultimo è alla base di ogni attività e provvedimento amministrativo, quindi non può essere ricercato caso per caso in relazione ai caratteri della norma o della scelta.

Occorre, peraltro, tenere sempre presente che il processo evolutivo che è approdato alla diffusione dei compiti amministrativi di garanzia e vigilanza su attività private, ha comportato e continua a comportare l'erosione della politicità delle scelte a favore della tecnicità degli apprezzamenti: la scelta amministrativa da ponderazione comparativa degli interessi", si trasforma sempre più spesso in un giudizio valutativo da compiersi alla stregua di conoscenze specialistiche. D'altro canto le funzioni affidate alle autorità indipendenti so-

LI, *Presentazione*, in *La giustizia amministrativa di E. Guicciardi*, Padova 1994 (rist. ediz. 1942), p. I ss; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano 1991; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato di diritto*, Padova 1969. V. inoltre N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.* 1996, p. 486 ss., il quale chiarisce che, nel contesto dell'attribuzione del potere in vista del perseguimento di risultati concreti, l'attività amministrativa assume carattere discrezionale tutte le volte in cui ha attitudine a determinare autonomamente l'assetto degli interessi per il conseguimento di quel risultato.

no emblematiche di questa esigenza di specializzazione dell'amministrazione e della riduzione dei margini di discrezionalità.

Per questo motivo, verificare se le autorità indipendenti, senz'altro dotate di saperi tecnici, siano anche affidatarie di un interesse pubblico specifico per realizzare il quale esse agiscono in modo autonomo e diretto, consentirebbe di chiarire se alla loro indipendenza organizzativa possa corrispondere una indifferenza (terzietà e neutralità) sostanziale rispetto al conflitto d'interessi da risolvere²⁷.

3. *L'interesse pubblico specifico come elemento rivelatore della mission. Qualche spunto di riflessione e un esempio*

Come emerge dalle considerazioni che precedono, in una ricerca sulle funzioni amministrative neutrali²⁸, non si riesce ad individuare nelle autorità indipendenti l'effettivo esercizio di tali generali funzioni: deve escludersi, infatti, che possa riconoscersi neutralità nell'esercizio di una funzione amministrativa ove le norme di legge affidino una *mission* di regolazione, vigilanza e tutela di un determinato settore economico - sociale collegato ad uno specifico interesse pubblico.

Occorre tuttavia dar conto anche di altre teorizzazioni che, in senso diametralmente opposto, fondano l'analisi di queste autorità partendo proprio dall'assunto per il quale esse non perseguono (né sono titolari di) un interesse pubblico specifico, il che vale a contraddistinguere i compiti da esse svolti da quelli amministrativi "tradizionali": non un interesse personale regge lo svolgimento della funzione di regolazione, bensì l'interesse a mantenere un equilibrio tra valori preordinati; non la ponderazione dell'interesse pubblico primario con gli interessi secondari, ma il perseguimento di un interesse oggettivo, interno al settore di riferimento, sarebbe il fulcro delle funzioni svolte dalle autorità²⁹.

²⁷ Si vedano le considerazioni di R. CHIEPPA, *Potere economico e autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, in www.rivistasef.it, 2015.

²⁸ Si vedano, in punto di neutralità delle amministrazioni indipendenti, con particolare riferimento all'autorità dell'energia elettrica e del gas, le considerazioni di F. CINTIOLI, *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori dell'energia elettrica e del gas*, in E. Bruti Liberati - F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007. Con riferimento alla funzione neutrale giustiziale dell'Autorità garante per le comunicazioni cfr. l'accurata analisi di F. ASTONE, F. SAITTA, *La giustizia innanzi all'Autorità garante delle comunicazioni*, in G. Clemente di San Luca (a cura di), *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato. La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giustiziale*, vol. II, Napoli, 2011, p.247 ss.

²⁹ In questo senso S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino 1999, nonché C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative*

Può forse suggerirsi una diversa prospettiva per soppesare le conseguenze della titolarità in capo all'amministrazione di un interesse pubblico specifico, superando l'impostazione cennata che misura sull'interesse pubblico la discrezionalità delle autorità indipendenti: quella di considerarlo come il fulcro attorno al quale costruire l'esistenza di una *missione* in capo alle autorità indipendenti, missione che rende di per sé impossibile intravedere lo svolgimento di funzioni neutrali.

Si intende chiedersi, dunque, con l'ausilio di un esempio, se l'attività delle autorità indipendenti possa considerarsi funzionalizzata alla cura di un interesse pubblico specifico (quindi se esse siano titolari di un bene della vita - cui si riferisce l'interesse pubblico specifico, appunto) oppure se ad essa vada riconosciuta una valenza neutrale, risolvendosi nello svolgimento di funzioni meramente arbitrali che si pongono in posizione dei terzi rispetto agli interessi coinvolti.

In realtà, si percepisce immediatamente un certo disagio nell'accingersi ad effettuare questa verifica, consapevoli che essa dovrebbe considerare tutti i compiti affidati alle autorità, includendo anzitutto quelli connessi alla funzione di regolazione che risiede in capo ad alcune di esse, nonché quella sanzionatoria: due poteri evidentemente incompatibili con la qualificazione neutrale della funzione amministrativa.

nuove, in *I garanti delle regole*, cit., p. 69 ss. A ben guardare la ricostruzione brevemente sintetizzata cede sul piano della tutela giurisdizionale: l'affermazione infatti della natura non amministrativa dei compiti delle autorità, sottrarrebbe i loro atti al sindacato del g.a. ex art. 113 Cost. Nega la titolarità di un interesse pubblico specifico anche F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit. *Contra* M. CLARICH, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato come autorità pubblica indipendente*, in *Vent'anni di antitrust*, cit., Torino 2010, p. 239 ss.; F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis, l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2013, p. 471 ss.; M.A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in *www.anticorruzione.it*, 2013; R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis legge 287/1990*, in *www.giustamm.it*, 2013; M. CLARICH, *I poteri di impugnativa ai sensi del nuovo art. 21 bis della l. 287/1990*, in *Conc. e mercato* 2013; F. ALBERTI, *L'art. 21 - bis, legge n. 287/1990 e la legittimazione a ricorrere dell'AGCM a ricorrere*, in *Nuovo dir. amm.* 2014, p. 101 ss.; F. SALVIA, *Il ruolo dell'antitrust nel processo amministrativo. Un punto fermo nell'interpretazione dell'art. 21 bis l. 287/1990*, in *www.federalismi.it*, ottobre 2014; F. CARINGELLA, *Nuove frontiere della giustizia amministrativa e concorrenza: l'art. 21 bis della legge 287/1990*, in *Giustizia amministrativa e crisi economica*, Roma 2014, p. 118 ss.; A. ROMEO, *Contestare le liberalizzazioni: profili processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 171 ss.; B.G. MAT-TARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.* 2016, p. 291 ss.

In un breve saggio incentrato sul potere discrezionale dell'AGCM -che svolge, tuttavia, considerazioni generali sui poteri affidati alle autorità indipendenti-, è stato rilevato come le funzioni dell'*antitrust* vadano ben oltre la garanzia e l'arbitraggio neutrale delle vicende che interessano il mercato e che la vedrebbero operare come una *invisible hand* di smithiana memoria (funzioni che, da sole, indurrebbero, a ritenere che questo organismo operi "per il mercato"), per spingersi fino alla funzione di regolazione, ove è agevole rilevare che, in realtà, l'*authority* opera "nel mercato", affiancando, nello svolgimento della assai rilevante funzione di tutela della concorrenza, anche l'esercizio episodico di alcuni poteri neutrali, oltre all'esplicazione di vere e proprie funzioni economico-politiche di indirizzo del mercato.

Siamo in presenza, secondo questo orientamento, di funzioni di indirizzo politico, peraltro strettamente legate all'andamento complessivo del sistema economico ed alle scelte complessive di politica economica; "ed è in questo nucleo di politicità delle scelte che risiede la giustificazione e la stessa legittimazione dell'attribuzione di un significativo potere discrezionale in capo.... in generale ad ogni autorità *antitrust*"³⁰.

D'altro canto, si rileva, la stessa definizione della tutela della concorrenza e del mercato come interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione, comporta che questa sia stata istituita, appunto, per la cura di quell'interesse, piuttosto che per dirimere le controversie che lo coinvolgono, per le quali ci si può rivolgere all'autorità giudiziaria; considerazione forse ovvia, ma sufficiente ad escludere la natura paragiurisdizionale e neutrale dell'autorità la cui istituzione, infatti, "sembra giustificarsi proprio in ragione della profonda diversità dei compiti e dei poteri affidati a quest'ultima, rispetto alla funzione di garanzia dell'effettività dell'ordinamento giuridico che è propria dell'ordine giurisdizionale"³¹.

Per rispondere all'interrogativo sul se all'AGCM sia attribuito un potere politico di ponderazione degli interessi pubblici a mezzo di potestà di discrezionali o tecnico discrezionali, oppure poteri neutrali di vigilanza e controllo sul rispetto dell'ordine giuridico che regola il mercato e, correlativamente, poteri sanzionatori per punire atti e comportamenti illeciti in quanto anticoncorrenziali, è sufficiente una rapida lettura della normativa che istituisce e

³⁰ A. POLICE, *Il potere discrezionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit.

³¹ Peraltro, avverte Police, ove si consideri la genericità dei concetti giuridici utilizzati nelle norme contenute nella legge 287 del 1990, ci si avvedrà del fatto che esse non lasciano spazio per l'individuazione di un "parametro legale alla cui stregua effettuare il controllo di conformità/diffornità degli atti o delle condotte delle imprese": si pensi al divieto di intese, contenuto nell'art. 2, 2° comma della legge, nonché a quello di abuso di posizione dominante, di cui all'art. 3, 1° comma. *Contra* M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M. Clarich (a cura di), *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 85 ss., il quale sostiene la natura paragiurisdizionale dell'*authority*.

disciplina i poteri di queste autorità, per ottenere una conferma immediata del necessario uso del potere discrezionale nell'esercizio della funzione di regolazione e garanzia del settore di riferimento (*rectius* dell'interesse pubblico affidato alla cura di ciascuna di esse): il ricorso a concetti giuridici indeterminati (sui quali la dottrina tedesca ha avviato la costruzione della nozione di discrezionalità amministrativa), impone loro di "riempire" il precetto normativo "o, se si vuole, di codificare, caso per caso, ovvero in via generale ed astratta, la portata della *regula juris*", attività che non può essere ricondotta all'esercizio di poteri neutrali o giustiziali, bensì ad un'attività amministrativa in senso proprio, connotata da prevalenti aspetti di amministrazione attiva che, come si è più volte rilevato in questo studio, proprio per questa strutturazione d'origine, neutrale non è e non può essere.

E per l'esercizio di siffatta discrezionalità le autorità che operano nel mercato devono rifarsi alla scienza economica che -come si è già osservato- è in continua evoluzione, "e che comporta e presuppone una valutazione di merito; ...una valutazione cioè che, sulla base delle opinabili conoscenze tecniche ed economiche, assuma la scelta tutta politica" che consenta alle *authorities* di "riempire", appunto, il concetto giuridico indeterminato (mercato rilevante ottimale, equilibrio ottimale tra domanda e offerta, ecc.), in maniera da poterlo applicare alla fattispecie concreta³².

D'altronde, per escludere che le loro funzioni possano qualificarsi come neutrali al pari di quelle di arbitro imparziale esercitate dal giudice³³, è sufficiente rilevare che manca del tutto, nell'esercizio delle suddette funzioni di garanzia (e senz'altro in quelle di regolazione), la necessaria parità delle armi, né può intravedersi lo schema del processo di parti³⁴.

³² Così ancora A. POLICE, *Op. ult. cit. loc. cit.*, p. 374. L'a. rileva la differenza sostanziale tra questa discrezionalità propria delle autorità indipendenti e il potere del giudice di "riempire" il concetto giuridico indeterminato, al fine di applicare la norma alla fattispecie concreta: 375; per concludere che le autorità indipendenti sono centri "d'imputazione, elaborazione e cura di un interesse, quello pubblico, di cui (sono) titolari e piena è l'identificabilità dell'autorità con un corpo amministrativo".

³³ È questa la posizione che assumono coloro che rilevano l'esercizio di funzioni neutrali nelle autorità indipendenti, paragonando ad esempio il procedimento *antitrust* al processo di parti, indotti dalla garanzia dalla partecipazione, per vero necessaria in ogni procedimento amministrativo e incapace di alterare la natura discrezionale del potere esercitato dalle autorità.

³⁴ Rileva in proposito A. POLICE, *Il potere discrezionale, cit.*, p. 378, che da un lato "vi è un'autorità pubblica, in posizione di supremazia, cui compete, in ragione della sua funzione di attività di "regolazione"...., la piena e completa titolarità del potere decisionale, in tutte le sue fasi. Dall'altro lato, vi sono i privati coinvolti nell'attività amministrativa in posizione niente affatto paritaria ma di assoluta soggezione all'esercizio del potere....autoritativo ed unilaterale che certo non viene meno per le garanzie partecipative che la legge assicura ai privati, come peraltro in ogni procedimento amministrativo".

Si pensi, ad esempio, al potere dell'autorità per la regolazione dell'energia elettrica e il gas, nonché di quella per le garanzie nelle comunicazioni di fissare i parametri di qualità ed efficienza del servizio e di controllarne il rispetto, comminando sanzioni ove gli operatori non osservino i provvedimenti emanati dalle autorità o ledano gli interessi degli utenti o, ancora "in caso di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio, alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri" (art. 2, 20° comma, *sub b*), l. 481 del 1995). Potere conferito, si ritiene, non già per fissare garanzie in favore degli utenti - per le quali sono state, com'è noto, stilate le Carte dei servizi- bensì per consentire alle autorità di regolare il settore nel modo più confacente all'interesse pubblico ad esse affidato e di controllare ed eventualmente raggiungere con una sanzione l'operatore nell'esercizio del loro potere autoritativo che vede la parte privata in una posizione di chiara soggezione.

Si pensi, inoltre, alla forza del potere attribuito all'AGCM per sanzionare i *trusts* che comporta per l'azienda la restituzione di una somma pari quasi all'intero bilancio, avendo ottenuto "gli utili" -si presume- grazie al *trust*. Non può affermarsi neutralità nel potere di infliggere una sanzione di questa portata per aver violato le regole del settore di competenza dell'autorità, regole, si ribadisce, assai spesso poste dalla stessa autorità.

L'estrema difficoltà di individuare nelle autorità amministrative indipendenti profili di neutralità delle funzioni ad esse assegnate³⁵, risulta oggi ancor più evidente ove si consideri, ancora una volta, l'autorità garante per la concorrenza e il mercato ed i poteri ad essa conferiti dalla legge: si fa riferimento al potere di ricorrere dinanzi al giudice amministrativo contro "gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato", conferito all'AGCM dalla norma di cui all'art. 21 *bis* della legge n. 287 del 1990, introdotto dall'art. 35 del c.d. decreto "salva Italia" n. 201 del 6 dicembre 2011, che -si commenta in dottrina- "addirittura trasforma l'autorità da mero interveniente in una controversia già *sub judice* in autonomo promotore di un giudizio"³⁶.

³⁵ Cfr. F. LUCIANI (a cura di), *Le autorità indipendenti come istituzioni di garanzia*, Napoli 2011.

³⁶ Cfr. M. A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in *www.federalismi.it*, n. 6/2012, la quale rileva che "il modello si avvicina peraltro in qualche modo alla procedura di infrazione attivabile dalla Commissione UE e al relativo giudizio di constatazione dell'inadempienza, di cui si riscontra ormai un'ampia casistica anche avverso atti amministrativi". Cfr. anche M.A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, *cit.*

La procedura prevede che l'AGCM, accertata la violazione, debba preliminarmente esprimere parere motivato, indicando all'amministrazione interessata gli specifici profili della violazione riscontrata, in modo da consentirle di adeguarsi alle suddette indicazioni nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere. In caso contrario, entro i successivi trenta giorni l'autorità potrà procedere alla presentazione del ricorso al TAR.

Ora, al di là della corretta osservazione avanzata in dottrina per la quale questa disposizione non può che avere "effetti distorsivi sulla ricostruzione generale della funzione del giudice amministrativo, che, accedendo ad una lettura della norma in termini di apertura alla legittimazione pubblica dell'azione *nell'interesse della legge*, vedrebbe indubbiamente potenziato il suo ruolo di garanzia della *giustizia nell'amministrazione* affermata dall'art. 100 Cost."³⁷, ciò che preme qui sottolineare è la circostanza per la quale, quella che potrebbe apparire come una deroga alle tradizionali regole del processo amministrativo, improntato alla tutela di situazioni soggettive individuali, trova probabilmente la sua *ratio* nell'esigenza di tutela di un interesse, "pur sempre particolare, ma facente capo ad un soggetto pubblico e soddisfatto attraverso il mero rispetto della legge"³⁸.

La legittimazione dell'AGCM ad agire contro i provvedimenti generali e non, che violino le norme poste a tutela della concorrenza, non può che poggiare sulla lesione di quell'interesse (appunto alla libera concorrenza) che trova soggettivizzazione nell'autorità che ne è affidataria in base alle

³⁷ Così ancora M.A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p. 3. Cfr. anche L. COSSU, *Autorevolezza indipendente. Potere delle autorità di impugnare gli atti della pubblica amministrazione*, Voce del Libro dell'anno 2013 del diritto, www.treccani.it; ritiene vi sia, rifacendosi all'impostazione dei giudici capitolini e alla teoria della soggettivizzazione dell'interesse in capo all'autorità, come posizione differenziata rispetto a quella degli altri attori del libero mercato, una specifica *mission* di "tutela di uno specifico bene della vita", quello del corretto funzionamento del mercato. A. DE SANTIS, *Poteri dell'autorità antitrust sugli atti amministrativi lesivi della concorrenza, alla luce della sentenza del TAR Lazio n. 2720/2013*, in www.spiaaldiritto.it.

³⁸ Sottolinea in questo inciso M.A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione*, *cit.*, p. 4, il ruolo di "gendarme" affidato all'AGCM, ruolo teso a sopperire alle lacune del nostro sistema in ordine alla garanzia di giustizia nell'azione amministrativa "soprattutto dopo l'abolizione dei controlli amministrativi sia in ordine agli atti degli enti territoriali minori ..., sia in ordine agli atti amministrativi statali ... che lascia circoscritto il controllo pubblico ai più gravi e limitati casi di responsabilità amministrativa e contabile". Le riflessioni dell'a. poggiano sull'osservazione di G. GRECO, *Il modello comunitario della procedura d'infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in *Riv. it. dir. pub. comunit.*, 2010, il quale osserva come non sia possibile pretendere di affidare tale ruolo di gendarme dell'ordinamento ai cittadini, per mezzo dei loro ricorsi, "anche perché in taluni casi -e soprattutto nei provvedimenti a più elevato contenuto organizzativo...- è difficile ipotizzare la lesione di posizioni sostanziali di singoli cittadini o imprese private del tutto estranei a tali vicende".

norme di legge; si tratta, quindi, della lesione di un interesse qualificato, personale e specifico “riconoscibile in capo ad un soggetto istituito per la garanzia di un determinato interesse pubblico, nell’ipotesi di violazione delle regole poste, da esso o da altri, a tutela di tale interesse”³⁹. In realtà, il fondamento giuridico della legittimazione dell’AGCM è stato riscontrato, non potendosi riconoscere nella violazione di una propria norma la lesione di una posizione giuridica sostanziale del soggetto emanante, nel più generico obbligo di collaborazione sancito dall’art. 120 Cost. e dall’art. 4 par. 3 TUE: ma questo non sembrerebbe spostare i termini della questione. Infatti, com’è stato pure osservato, la grave violazione di un obbligo di tal fatta, implica la lesione di un interesse personale, specifico e qualificato dell’ente la cui norma è stata violata “perché la sussistenza di un obbligo di leale collaborazione consente di attribuire valenza intersoggettiva ad interessi qualificati di altro ente..., correlati ai propri compiti istituzionali (ad esempio, nel campo economico e sociale) e ad ulteriori obblighi giuridici, intestati appunto a tale diverso ente”⁴⁰.

³⁹ Così G. GRECO, *Il modello comunitario*, cit.

⁴⁰ Così ancora G. GRECO, *Il modello comunitario*, cit. *Contra* F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge 287 del 1990)*, cit., per il quale l’autorità non può considerarsi titolare di un interesse legittimo in senso proprio, dovendo essa “attivarsi per la tutela e realizzazione di un interesse generale alla concorrenza che, per un verso, finisce per coincidere con la sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività e, per altro verso, restando così generico, non soddisfa di certo i caratteri di una situazione soggettiva imputabile ad un soggetto di diritto”. Ma, aggiunge M.A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione*, cit., che il nuovo potere dell’AGCM non può esser visto come un potere di azione nell’interesse generale della legge in un dato settore -effettivamente di difficile riconduzione all’interesse legittimo-, bensì come “diretta e naturale espressione dell’interesse -pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato- alla migliore attuazione del valore *concorrenza*, di cui è specifico affidatario, anche in contrapposizione con i diversi interessi, pubblici o privati, di altri soggetti, interesse leso dalla mera violazione della legge e dall’inosservanza dell’invito (parere) a rispettarla, e dunque direttamente soddisfatto dal ripristino della legalità violata”: sarebbe proprio la natura indipendente delle *authorities* e la specifica missione ad esse affidata a giustificare la scelta legislativa di attribuire a tali soggetti la legittimazione processuale ad agire per assicurare la tutela di quell’interesse specifico che, per “le forti implicazioni economiche e sovranazionali, si vuole sottratta all’apparato governativo”. Sul tema, si veda anche M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell’AGCM ai sensi del nuovo art. 21 bis l. 287/90*, *Convegno dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato su Evoluzioni del ruolo e delle competenze delle autorità antitrust*, Roma, 27 marzo 2013, in www.agcm.it; M. CATALANO, *I nuovi poteri dell’autorità garante della concorrenza e del mercato*, 2013, consultabile su http://www.unitel.it/attachments/3741_i%20; A.G. PIETROSANTI, *I principi generali del processo amministrativo*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano 2013, spec. p. 121- 124; M. SANTISE, *Coordinate ermeneu-*

Può forse scorgersi in queste riflessioni una diversa *ratio* nella disposizione che legittima l'AGCM ad agire direttamente in giudizio contro quegli atti e comportamenti che, nel violare la legge, "ne integrino una lesione, in aggiunta a quella dei diritti e degli interessi degli operatori pubblici o privati"⁴¹, per la lesione dei quali, peraltro, la stessa autorità è chiamata a svolgere il ruolo di "arbitro": si tratta allora, non di un superamento del tradizionale processo di parti, bensì un rafforzamento del ruolo dell'organo pubblico affidatario di quel *particolare* interesse pubblico⁴².

In questa prospettiva, significativa appare la posizione di chi dissente dalla visione per la quale il profilarsi di un giudizio -quello instaurato dall'AGCM- che si spoglia delle vesti del giudizio di parti, per assumere quelle di un giudizio oggettivo, porti ad assimilare il ruolo dell'autorità a quello del pubblico ministero. Si ritiene, infatti, che laddove il pubblico ministero agisce, al pari del giudice, nell'interesse della legge e della comunità indifferenziata, "senza farsi portatore di alcun interesse particolare", l'*authority* agisce a tutela "dell'interesse (proprio o di terzi) al rispetto delle regole sulla concorrenza, in termini più assimilabili all'azione del Procuratore della Corte dei conti a tutela dell'erario".

Ma, più in generale, anche a prescindere da questo particolare potere attribuito dall'ordinamento all'autorità *antitrust*, non si riesce a riscontrare -come si è rilevato nelle considerazioni che precedono- in molti procedimenti amministrativi che si svolgono davanti alle autorità indipendenti (che siano espletati per l'esercizio della funzione di regolazione, di vigilanza o di garanzia -con l'unica eccezione di quelle propriamente giustiziali), la parità delle armi delle parti coinvolte⁴³, ove gli interessi di queste ultime, di diseguale consistenza, sono composti nell'assetto deciso dallo svolgimento di una funzione autoritativa, esercitata "attraverso una sequenza concatenata di scelte discrezionali fondate sull'applicazione di specializzate, quanto opinabili (e comunque mutevoli) conoscenze tecniche"⁴⁴. Funzione attribuita ed esercitata per la cura dell'interesse pubblico specifico -per quanto ampia possa esserne la portata- oggetto della *mission* di ciascuna autorità.

Sicché, non è dato negare che le autorità indipendenti siano caratterizzate dall'attribuzione di una specifica missione di cura di un determinato interesse

tiche di diritto amministrativo, Torino 2016 (spec. capitolo IV, *Le autorità amministrative indipendenti*).

⁴¹ Così M. A. SANDULLI, *Introduzione*, cit.

⁴² Cfr. M. D'ALBERTI (a cura di), *Arbitri e mercati: le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna 2010.

⁴³ Ricorda F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Scritti giuridici*, Padova 2002, p.389 ss., che non v'è neutralità se le parti non sono uguali e se le situazioni giuridiche che rilevano nella vicenda processuale non sono considerate di pari dignità.

⁴⁴ Così A. POLICE, *La discrezionalità*, cit., p. 384.

che fa capo a ciascuna di esse; *mission* che è la ragione stessa per la quale esse sono state istituite, venendo dotate di pregnanti poteri di regolazione, di vigilanza, sanzionatori ed anche di peculiari funzioni contenziose, proprio per garantire il perseguimento di quel compito affidato loro dalla legge, cioè la cura dell'interesse specifico in gran parte da esse stesse regolato e prospettato come meritevole di riconoscimento e tutela alle imprese ed ai cittadini partecipi dei procedimenti che si svolgono sotto l'egida di questa o di quella autorità competente.

4. *L'attribuzione di alcune marginali funzioni neutrali alle autorità indipendenti come garanzia di buona amministrazione*

Ove si voglia rintracciare una forma di effettiva neutralità nelle diverse funzioni giustiziali attribuite alle amministrazioni indipendenti⁴⁵, occorrerà

⁴⁵ In uno studio incentrato sul tema dei servizi di pubblica utilità, è stata avanzata l'ipotesi che tali funzioni giustiziali delle autorità indipendenti possano ricondursi alla categoria dei ricorsi amministrativi «a carattere non impugnatorio». Così A. DE CHIARA, *Interesse pubblico e situazioni giuridiche soggettive di utenti gestori ed autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (nella risoluzione 'paragiurisdizionale' o 'in forma semicontenziosa' delle controversie)*, in www.giustamm.it 2009. Su tali definizioni, avverte E. CANNADA BARTOLI, *Commento all'art. 4*, in, *La riforma dei lavori pubblici*, a cura di A. Angeletti, Torino 2000, spec. p. 110, nota 19, che i termini “giustiziale”, “quasi giurisdizionale” -termini talvolta *metaforici o privi di significato*, “nonostante l'imprestito da altri ordinamenti”- sono spesso “adoperati dagli Autori con diversi significati e intenti: per escludere o, almeno, limitare il sindacato giurisdizionale, la cui ampiezza, a ben guardare, dipende dalla regola della fattispecie”. Siffatta terminologia, peraltro, viene talvolta utilizzata in dottrina per “segnalare che gli atti così qualificati tendono alla restaurazione del diritto obiettivo violato e comprendono anche gli atti di autotutela”. Così ancora E. CANNADA BARTOLI, *op. ult. cit.*, riferendosi all'impostazione di F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova 1996. Proprio in quest'ultimo senso e “senza imprestiti” (cfr. E. CANNADA BARTOLI, *op. e loc ult. cit.*), cfr. *amplius* V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo, cit.*

Invero, talora, si è parlato di un «ruolo paragiurisdizionale o di arbitro neutrale» delle autorità, ovvero si è definita «paragiurisdizionale» una parte della loro attività, e, talaltra, sono stati qualificati «giustiziali» i relativi poteri. Tuttavia, malgrado le diverse espressioni utilizzate, occorre notare che per un verso, spesso non viene tracciata una netta linea di confine (come invece sembra doveroso) tra la funzione di risoluzione delle controversie e quella della vigilanza amministrativa sul settore; per altro verso, anche chi distingue un'area di attività ‘paragiurisdizionale’ spesso la riduce alle procedure di conciliazione e di arbitrato e ritiene queste ultime, come *species* dell'arbitrato civilistico. Rileva sul punto A. DE CHIARA, *op. cit.*, “escludendo la riferibilità delle conciliazioni alla nozione di funzione giustiziale, ove si riconducano gli ‘arbitrati’ agli artt. 806 ss. c.p.c., il relativo potere di dirimere la controversia, fondandosi nella comune volontà delle parti, non costituirebbe una funzione amministra-

rimarcare come esse non si identifichino punto in una funzione amministrativa propriamente detta⁴⁶, bensì in una attività, potrebbe dirsi, *border line* tra

tiva". Ma la conclusione non convince l'a. perché non prospettabile in base al dettato normativo, sicché si conclude che "in definitiva, attualmente, la natura dell'attività cd. 'paragiurisdizionale' o 'in forma semicontenziosa' delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità appare, nelle ricostruzioni della dottrina, ancora incerta, e conseguentemente ne è incerto il regime giuridico". L'attività in questione, invero, secondo quanto emerge dall'analisi del dato positivo, consiste nel dirimere controversie tra soggetti privati aventi ad oggetto diritti ed obblighi corrispettivi. Dunque pare doversi qualificare funzione 'giustiziale' ed il suo svolgimento doversi ricondurre al modello 'processuale' piuttosto che a quello 'procedimentale in senso stretto'.

Sulle suggestioni appena riferite, la bibliografia è sterminata. Sia consentito qui di limitare i riferimenti a quei lavori che anche in passato si sono soffermati sulla specifica problematica, per lo più in tema di servizi pubblici: cfr. R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano 2008; G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in F. Gabriele (a cura di), *Il governo dell'economia tra "crisi dello Stato" e crisi del mercato*, Bari 2005; A. Corpaci (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna 2003; G. DELLA CANANEA, *Procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano 2003, p. 269 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale delle amministrazioni indipendenti*, cit., p. 249 ss.; F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario AIPDA 2001*, Milano 2002, p. 63 ss.; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova 2001; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova 2001; S. FOIS, *Servizi e interessi tra privatizzazioni e regolazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 2000, p. 13 ss.; M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.* 2000, p. 383 ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pub.* 1999, p. 371 ss.; AA.VV., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino 1999; G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1998, p. 629 ss.; AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano 1997; A. TRAVI., *Ricorsi amministrativi*, in *Dig. disc. pub.*, XIII, 1997, p. 381 ss.; S. Cassese - C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, cit.; AA.VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti*, Milano 1996; A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.* 1995, p. 551 ss.; G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano 1993, p. 1081 ss.; S. CASSESE, *La regolamentazione dei servizi di pubblica utilità in Italia*, in *L'Industria*, 1992, p. 167 ss.; A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pub.*, IV, 1989, 524; G. BERTI, *Amministrazione 'giustiziale' e inerzia dell'organo decidente*, in *Le regioni*, 1981, 493; A.M. SANDULLI, *Ricorso amministrativo*, in *Nss. dig. it.*, XV, 1968, 975; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova 1964; E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Nss. dig. it.*, V, 1964, p. 268 ss.; M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli 1953; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pub.* 1952, p. 118 ss.

⁴⁶ Benché sia sufficiente un fugace sguardo alla enorme mole di contributi della dottrina su queste autorità, sull'eterogeneità dei loro compiti e poteri, per comprende-

quella giustiziale e quella dell'arbitraggio: i conflitti che possono insorgere sono connessi alla funzione amministrativa di tutela dei diritti svolta dalle autorità di regolazione, coinvolgendo gli operatori del settore, oppure questi ultimi e i cittadini utenti dei servizi erogati, ovvero ancora i conflitti tra privati cittadini⁴⁷.

La funzionalizzazione delle controversie alla *mission* delle autorità garanti consente a ciascuna di esse di conoscere varie tipologie contenziose in relazione alla natura delle parti in causa, ovvero che diversi soggetti possano ricorrere in tale sede per far valere i propri interessi con riferimento alla materia di competenza dell'amministrazione indipendente. In tal modo, le autorità amministrative assolvono spesso ad una funzione di *dispute resolution*, mentre riescono ad implementare la corretta applicazione delle regole nell'ambito normativo sottoposto alla loro cura. L'autorità si viene quindi ad elevare al di sopra dei singoli interessi in conflitto, cercando di comporli nell'ottica della propria *mission*, svolgendo per tal via una funzione di arbitro neutrale nei confronti delle parti, perché rivolta alla corretta applicazione del diritto oggettivo e, allo stesso tempo, producendo una innegabile *utilità*, socialmente rilevante: quella di offrire un prezioso riscontro in termini di effettività della tutela dei diritti a tutta la collettività e non soltanto alle parti coinvolte nella specifica controversia.

Si tratta, in tutta evidenza, di una funzione che abbiamo definito peculiare in ragione del fatto che essa introduce un nuovo tipo di giudizio, affatto riconducibile al ricorso amministrativo poiché l'amministrazione non viene coinvolta come parte, ma piuttosto come arbitro; né riconducibile all'arbitrato, non soltanto perché l'organo giudicante ha natura pubblica, ma, soprattutto, perché manca la stessa base contrattuale che connota tale tipologia di giudizio.

Le autorità di questo tipo svolgono, dunque, un primario ruolo di cura dell'interesse pubblico affidato loro dalla legge, una particolare *mission* in funzione della quale può essere loro attribuita una specifica competenza nella risoluzione di conflitti connessi alla funzione amministrativa di tutela dei diritti.

Le autorità indipendenti dovrebbero essere deputate alla realizzazione di un governo tecnocratico (anche e soprattutto a livello economico), "sterilizzato" dalla necessità di perseguire un precipuo interesse pubblico, nella convinzione che standard e regole tecniche siano le sole "leggi" valide nel sistema finanziario globale⁴⁸.

re la sostanziale impossibilità di offrire una ricostruzione unitaria delle loro funzioni.

⁴⁷ In disparte le controversie destinate ad essere risolte in sede di ricorso amministrativo, instaurate tra le autorità di regolazione e gli operatori economici trasgressori, destinatari delle regole poste dalle prime, per le quali valgono le considerazioni mosse qui sul ruolo affatto neutrale dell'autorità decidente.

⁴⁸ In proposito S. CASSESE, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 102 ss. sotto-

Peraltro, se per un verso le autorità indipendenti sono senz'altro funzionali al perseguimento degli scopi comunitari, dall'altro esse pongono delicati interrogativi, non soltanto a livello di rapporti con gli altri poteri dello Stato⁴⁹, ma soprattutto con riferimento alla tutela che i singoli possono ricevere nei loro confronti.

In particolare, può dirsi ormai giunto il momento di superare, una volta per tutte, il mito della loro neutralità: l'esperienza giuridica ed economica del mercato ha dimostrato, infatti, l'esigenza di autorità prettamente pubbliche che perseguano l'interesse collettivo, e non di meri arbitri, terzi e neutrali, che si limitano a vigilare su settori in grado di autoregolarsi⁵⁰. Da questi ultimi emerge la necessità di regole poste da soggetti imparziali che tengano conto, tuttavia, delle parti coinvolte e decidano in vista del bilanciamento dei diversi interessi pubblici e privati contrapposti.

La regolazione e il controllo pubblico, infatti, rappresentano poteri indispensabili, che però debbono essere esercitati in obbedienza stretta a criteri di "perizia e prudenza"⁵¹, in tutti i settori del nostro ordinamento; così il princi-

linea come la crisi che attraversa anche il nostro Paese abbia avuto l'effetto di spostare il baricentro decisionale nuovamente sugli organi politici, circostanza che potrebbe rivelarsi alla base di un loro possibile (ulteriore) declino.

⁴⁹ Sul punto, F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano 2005, p. 331 ritiene che ormai le autorità facciano parte del nostro ordinamento, in quanto portatrici di valori condivisi e indiscussi tra tutti i consociati, come ad esempio, la libera concorrenza o la tutela dei diritti individuali, etc.

In senso particolarmente critico nei confronti dell'affermazione di questi nuovi modelli di amministrazione, F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione. Note sul progetto della Commissione bicamerale*, in *Foro amm.*, 1997, 3303 ss., che commentando il progetto riconosce come queste autorità potessero già ritenersi un'esperienza fallita «almeno rispetto alle ambizioni non sempre dichiarate; giacché quei cittadini che per la loro veste, mestiere o professione erano soggetti a pesantissimi provvedimenti d'indiscutibile carattere autoritativo, hanno invocato il giudice dimostrando di non essere disposti affatto ad accettarli senza proteste od obiezioni».

⁵⁰ Si vedano su questi temi le riflessioni di G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi: per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna 2009.

⁵¹ In questi termini si esprime T. PADOA SCHIOPPA, *Regole «market friendly»*, in id., *Regole e finanza: contemperare libertà e rischi*, Bologna, 2011, p.34 ss., nel ricordare che il compito della regolamentazione è quello «di correggere due fondamentali fallimenti del mercato: primo, l'incapacità dei depositanti e degli investitori di controllare l'uso che gli intermediari fanno del loro denaro, che può risultare in un'eccessiva assunzione di rischi o in una condotta fraudolenta; secondo, il pericolo di reazioni a catena, a seguito delle quali l'insolvenza delle istituzioni malate si trasmette a istituzioni sane, determinando costi sociali elevati. Le autorità di vigilanza hanno quindi la funzione, limitata, di definire e verificare il rispetto di regole prudenziali agli intermediari finanziari e, nelle crisi, di limitare i danni».

pio cardine che guida l'azione di simili autorità non è la sola tutela della concorrenza, priva di qualsiasi riferimento alla comparazione dei diversi interessi in gioco, sicché il loro fine ultimo deve essere la tutela e il benessere della collettività e dei singoli che di volta in volta assumono le vesti di risparmiatori, investitori, consumatori e utenti. Infatti, le autorità preposte alla regolazione del mercato sono soggetti pubblici che, sebbene incaricati di vigilare su (e regolare) settori ad alta competenza tecnica, non sono punto privi di quella discrezionalità pura, che del resto costituisce «la sostanza più squisita dell'attività amministrativa»⁵².

In sostanza, ciò che preme rimarcare in punto di neutralità, è come essa possa rintracciarsi soltanto in assenza di una specifica *mission* che invece, nel caso delle autorità indipendenti, viene attribuita dall'ordinamento giuridico a questi organismi, affinché essi curino e tutelino un determinato interesse pubblico (ad esempio quello alla libera concorrenza, nel caso dell'AGCM); questa *mission* implica l'attribuzione di una certa (anche ampia) indipendenza dal governo e la non sottoposizione all'indirizzo politico di maggioranza, in vista del perseguimento dell'interesse *essenziale* o *primario* di volta in volta facente capo alle diverse autorità⁵³.

⁵² M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale dell'amministrazione*. Milano 1939, p. 78. Sulla possibilità per la Consob di esercitare poteri discrezionali, v. Id., *Consob*, in G. M. Flick (a cura di), *Consob. L'istituzione e la legge penale*, Milano, 1987, 60-61 ove l'a. già precisava che porre il problema della discrezionalità nel caso della Commissione sarebbe «un problema gratuito perché l'ente reggente di settore non può agire che discrezionalmente: altrimenti non avrebbe lo strumento tecnico per reggere il settore»; sempre con riferimento alla Consob, v. le riflessioni di G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in Id., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, p. 240 ss. Sull'autorità garante per la concorrenza ed il mercato, ritengono che eserciti poteri propriamente discrezionali, M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998; A. POLICE, *Tutela della concorrenza*, cit. Per una ricostruzione, in generale, sulle teoriche relative alla discrezionalità e alle autorità indipendenti v. F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 181 ss., che mette in luce come il potere, indipendentemente dal fatto che sia o meno vincolato, è pur sempre un potere. Diversamente ritengono che il potere esercitato dalle *authorities* sia privo dei caratteri della discrezionalità c.d. pura e debba, invece, rientrare nell'ambito dei c.d. poteri a discrezionalità tecnica, F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo*, cit., p. 368.

⁵³ Il «diritto di comando» dello Stato di orlandiana memoria, diviene, in ragione della *mission*, potere amministrativo esercitato in vista di uno specifico interesse pubblico di cui una determinata autorità decidente costituisce il centro di riferimento e che, per essa, rappresenta, appunto, l'interesse essenziale o primario.

Si tratta della nota elaborazione di M. S. GIANNINI, avviata nel 1939 nelle sue riflessioni sul potere discrezionale dell'amministrazione ed affinata negli anni successivi, per la quale «la distribuzione degli interessi assunti come fini dallo Stato fra i vari organi dell'amministrazione, implica che ciascun interesse sia attribuito ad un organo o ad un gruppo organizzato di organi fra cui viene redistribuito in vario modo.

L'affermazione della non neutralità delle amministrazioni indipendenti nel dibattito dottrinario, poggia, com'è emerso dalle considerazioni svolte fin qui, sull'analisi di elementi assai eterogenei (la natura delle attività svolte, la quantità e tipologia di discrezionalità utilizzata, la sussistenza di un vincolo di scopo e, più in particolare -la tesi che si sposa in queste riflessioni-, il tipo di interesse pubblico perseguito): sta di fatto che dall'analisi di qualsivoglia elemento partano queste prospettazioni, ciascuna giunge all'individuazione di "particolari" tipologie di funzioni esercitate, inquadrando l'attività delle autorità in "particolari" *species* del genere di potere dello Stato nel quale si ritiene rientrino quelle attività.

Chi afferma la natura politica delle funzioni attribuite alle autorità indipendenti, ad esempio, pone l'accento sull'enorme potere discrezionale lasciato dalla legge, conseguente alla assenza, come si è più volte rimarcato nel capitolo precedente, di una disciplina dettagliata, che consentirebbe loro di porre in essere sia poteri autoritativi che poteri di indirizzo politico, liberi nel fine. Non quindi l'attività legislativa propriamente detta svolgerebbero le autorità, bensì l'esercizio di un potere che ha una natura mista tra quello amministrativo e quello politico.

Chi invece assimila la natura di quelle attività ad un particolare potere di esecuzione della legge, ne afferma -come si è detto- un *genus tertium* rispetto alla suddivisione dei poteri dello Stato; allo stesso modo, la natura "paragiurisdizionale" risulterebbe inficiata dalla non totale imparzialità del giudicante, portatore di un interesse.

Allorché, infine, si ritenga -come qui si ritiene- che le funzioni esercitate dalle autorità indipendenti abbiano natura amministrativa, si ha la consapevolezza della circostanza per la quale si tratta di una natura "inquinata" dalla politica, in ragione dell'alta specializzazione di questi organismi, dotati di saperi tecnici.

In questo studio, si sono ricondotte le funzioni svolte dalle *authorities* all'attività amministrativa, non soltanto in ragione della procedimentalizza-

Distribuzione non significa però ripartizione in compartimenti chiusi, poiché un determinato interesse pubblico non esiste mai isolato nel mondo sociale; assegnando la cura di questo interesse ad un organo gli si deve allora permettere anche di tener conto di altri interessi che con quello concorrono o con quello accedono. Di qui la necessità della discrezionalità". Cfr. dell'autore, *Il potere discrezionale dell'amministrazione*, Milano 1939, ora in *Scritti*, I, Milano 2000. Sul tema, P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit., per il quale ciò che caratterizza il diritto amministrativo non sarebbe il "potere giuridicamente autoritativo", bensì il concetto stesso di discrezionalità. L'Autore distingue l'attività amministrativa in: a) attività autoritativa, presente nei casi nei quali la p.a. esercita un potere di supremazia; b) attività consensuale, in cui essa è equiparata a quella dei privati nel compimento di atti negoziali; c) neutra, quando si avvicina alla funzione arbitrale propria del potere giudiziario (siffatta tripartizione -di sicuro interesse- ricalca quella proposta da A. SANDULLI, in *La proporzionalità dall'azione amministrativa*, Padova, 1998).

zione dell'attività, diretta a fissare colà la garanzia del contraddittorio e, più in generale, le garanzie del procedimento; ma, soprattutto, in ragione della natura dell'interesse pubblico specifico che le autorità indipendenti devono perseguire, della funzionalizzazione, cioè, del loro potere al perseguimento di quell'interesse che costituisce il fondamento della missione affidata a ciascuna di esse, trovando spesso soggettivizzazione nella stessa autorità che ne è titolare; ed è proprio questa missione ad impedire l'inquadramento di quelle funzioni nel canone della neutralità.

Eppure, in alcuni casi, a questi organismi la legge affida anche vere e proprie funzioni arbitrali, dirette a dirimere controversie che possano insorgere tra soggetti estranei all'amministrazione, operatori, utenti o consumatori del settore di riferimento. Nell'esercizio di questo tipo di funzioni, le *authorities* altro non fanno che applicare la legge al caso concreto per assicurare il ripristino dell'ordine giuridico violato, garantendo l'effettività della tutela alle posizioni giuridiche dedotte nella controversia: in questo contesto l'autorità non rileva come titolare di un interesse pubblico specifico, elevandosi al di sopra degli interessi dedotti, in funzione meramente arbitrale, quindi indubbiamente neutrale.

Dunque, il fatto che le autorità indipendenti svolgono talvolta funzioni neutrali è *ictu oculi* evidente, ma è altrettanto evidente come si tratti di attività affatto tipizzanti la natura giuridica delle funzioni svolte da quelle autorità *tout court* e, certamente, l'esercizio di simili funzioni neutrali non costituisce la motivazione della loro istituzione, né, d'altro canto, può affermarsene sempre la natura amministrativa.

Ora, appare legittimo chiedersi perché, se è vero che le autorità indipendenti non sono neutrali, venga loro affidata una funzione così tipicamente neutrale, assieme a tutte le altre che neutrali non sono: sembra necessario compiere un tentativo di dare una risposta plausibile e coerente con il sistema a questo interrogativo.

Al di là delle distinzioni tra le diverse amministrazioni, v'è sempre un elemento comune che è l'ufficio giustiziale: la composizione dell'organo giustiziale è sempre più amministrativa, cioè interna all'amministrazione e destinata a produrre, potrebbe dirsi, una giurisdizione domestica. Si tratta, com'è noto, di una figura, quella giustiziale, concepita dal legislatore per porre un argine alle pronunce limitate alla legittimità, pronunce formali che, peraltro, comportano costi elevatissimi della giustizia: ciò che è avvenuto, ad esempio con l'AGCM che si sostituisce al giudice nell'esercizio delle sue funzioni, nel settore di riferimento (si consideri, peraltro, che l'impugnativa dei suoi atti va proposta davanti al tribunale delle imprese⁵⁴).

⁵⁴ Istituito con d.l. n. 1 del 2012, convertito con modificazioni nella legge 24 marzo 2012, n. 27, dotato di sezioni specializzate in materia di impresa, con competenze nelle controversie aventi ad oggetto la proprietà industriale e la concorrenza sleale, il diritto d'autore, le intese restrittive della libertà di concorrenza, l'abuso di posizione

La scelta del legislatore di garantire l'esercizio della funzione giustiziale all'interno dell'amministrazione, arricchisce quest'ultima di una funzione che è fondamentale perché necessariamente "contagiosa" proprio per essere interna all'amministrazione: quando viene affermato un principio nella sentenza del giudice amministrativo, esso rimane distante dall'amministrazione, che, infatti, è in condizioni di ripetere l'errore già commesso nell'ambito della sua discrezionalità, errore che rimarrebbe tale allorché non vi sia alcuna impugnativa.

Al contrario, di fronte ad un'istanza giustiziale la decisione proviene da un collegio interno all'amministrazione che l'ordinamento amministrativo pone, tuttavia, su un piano superiore rispetto a quello dell'amministrazione attiva, propugnando un principio -che potrebbe essere affatto nuovo-, destinato a guidare l'attività dell'amministrazione per il futuro: infatti, anche se la pronuncia riguarda un particolare provvedimento dell'organo amministrativo parte della controversia, la regola in essa affermata attiene in generale all'attività amministrativa intersecata da quella regola o principio⁵⁵.

Sicché si produce, secondo uno schema organizzativo tipico del diritto comunitario, l'inserimento di questa nuova e diversa norma nel canestro dei compiti di servizio, una vera e propria normazione interna di grande utilità che si arricchisce a misura che si sviluppano le pronunce della funzione giustiziale, producendo per di più il beneficio di assicurare la giustizia nell'attività dell'amministrazione.

Si tratta, in fin dei conti, di offrire alla collettività una garanzia concreta e visibile della buona amministrazione.

Si intende dire che lo svilupparsi della funzione giustiziale ed in parte minore di quella arbitrale all'interno dell'amministrazione, non può che avere

dominante e le operazioni di concentrazione, la violazione normativa *antitrust*. Le sezioni specializzate sono, inoltre, competenti a conoscere controversie in materia di società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici, società europee (di cui al reg. n. 2157/2001/CE), società cooperative europee (di cui al regolamento 1435/2003/CE), "stabili organizzazioni nel territorio dello Stato delle società costituite all'estero", società che esercitano o sono sottoposte a direzione e coordinamento di una delle suddette società, contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria quando una delle suddette società ne sia parte, o partecipi al consorzio o al raggruppamento temporaneo cui tali contratti sono stati affidati, ove comunque sussista la giurisdizione del giudice ordinario; controversie che presentano "ragioni di connessione" con le precedenti.

⁵⁵ Si pensi, ad esempio, al mondo accademico: un collegio di senatori o di direttori che si pronuncia sull'impugnazione di un provvedimento, decide la questione fissando regole che entrano direttamente nel circolo di tutta l'Università italiana perché si tratta di una sentenza fatta da (organi) universitari. Una pronuncia preziosissima, che può del resto essere disattesa, dietro adeguata motivazione; che non passa mai in giudicato; e che è passibile di impugnazione; ed è il frutto di un'attività che si chiama attività di giustizia.

l'unica conseguenza di assicurare un miglioramento del lavoro degli amministratori, quindi del modo di amministrare: essendo innestata nell'amministrazione, la funzione giustiziale viene esercitata da un collegio composto da funzionari dell'amministrazione attiva che, nello svolgimento della loro carriera, hanno la ventura di presiedere o partecipare per qualche anno al collegio giustiziale, esercitando le funzioni di giudice. Ma, esercitare la funzione di giudice significa fare una nuova esperienza di lavoro che non può che arricchire il bagaglio professionale del funzionario, poiché ne proietta l'attività in un ordine di idee e di principi assai differenti rispetto a quelli vissuti nell'esercizio delle funzioni amministrative attive, frequentemente quelle dirigenziali: soddisfare la funzione giustiziale significa esercitarla attraverso un procedimento interamente partecipato, un contraddittorio autentico anche nell'emanazione dei provvedimenti amministrativi⁵⁶: l'esercizio di questo tipo di funzione, insomma, impone al giudice nell'amministrazione di comportarsi in modo imparziale e neutrale.

⁵⁶ Proprio la garanzia di un contraddittorio vero nei modelli procedurali delle autorità indipendenti, ha indotto alcuni autori a ritenere che la loro attività acquisti natura non giustiziale o paragiurisdizionale, ma contenziosa, proprio perché non semplicemente partecipata, ma svolta in un vero e proprio contraddittorio: nell'attività contenziosa delle autorità indipendenti, "la posizione paritaria delle parti si fonderebbe sull'assoluta terzietà del soggetto pubblico", piuttosto che soltanto sull'imparzialità. Riassume così le posizioni della dottrina M. CALABRO', *La funzione giustiziale*, cit., p. 270. Non la mera partecipazione procedimentale che consente di gestire nel modo migliore tutti gli interessi coinvolti nel procedimento, segnerebbe le procedure di fonte alle autorità indipendenti, ma la garanzia di un contraddittorio vero, del diritto di difendere i propri interessi. La natura contenziosa dell'attività delle autorità, peraltro, osterebbe all'applicazione (o, meglio, renderebbe inutile l'applicazione) delle regole sul procedimento amministrativo, trattandosi di autorità paragiurisdizionali che svolgono funzioni contenziose.

Sulla qualificazione di *paragiurisdizionale*, applicata alla funzione contenziosa possono forse avanzarsi riserve -nonostante essa vada diffondendosi in dottrina- nel senso che nell'ordinamento generale ogni funzione affidata ad organi diversi deve trovare nella norma di legge che la "inventa" e ne garantisce l'esercizio, una definizione precisa, si direbbe meglio, una vera e propria definizione. Può dirsi che c'è nell'ordinamento *giustizia giurisdizionale* quale esercizio di una funzione soggettivamente riservata al giudice, e *giustizia* non riservata al giudice, bensì esercitata da organi soggettivamente del tutto diversi, amministrativi, neutrali, ecc.

Dunque la giustizia del *judex* che non esercita la (né appartiene ad una) giurisdizione, è *giustizia non giurisdizionale* e nemmeno "paragiurisdizionale". Ma solo attività di organismi che -secondo disposizioni di legge- semplicemente svolgono il compito di dirimere alcuni conflitti, una tipologia varia di conflitti. Si tratta -può forse dirsi- di una giustizia senza aggettivi, né qualificazioni giuridiche. E gli atti della giustizia *tout court* retta da un'apposita norma di legge, così come il *nomen* degli organismi che la esercitano non possono che definirsi *giustiziali*.

Si tratta, quindi, di un vero e proprio ricostituente per la pubblica amministrazione attiva, una via di grande accrescimento della sua legittimazione sociale e dello sviluppo di una sua autorevolezza.

Potrebbe obiettarsi l'inutilità di questo arricchimento, allorché ogni dirigente adempia con cura adeguata ai suoi compiti di servizio. In realtà è incontrovertibile che il lavoro degli "addetti" alla funzione giustiziale è assai differente da quello dell'amministrazione attiva: il primo produce pronunce che sono caratterizzate dalla neutralità e dal contraddittorio e per questa ragione attingono normalmente un livello di qualità superiore rispetto al provvedimento dell'amministrazione attiva perché costituiscono un secondo grado, una rimeditazione del provvedimento, che non viene trascurato nella sua essenza, anzi viene "trattato" nel miglior modo possibile, nell'esercizio di una giurisdizione in fin dei conti domestica. Eppure assai spesso il provvedimento viene annullato e anche sostituito nel merito ed è proprio questa competenza di merito -affidata soltanto ai funzionari- che induce questi ultimi ad operare al livello più alto della funzione amministrativa, dove si colloca naturalmente ogni funzione di giustizia sostanziale.

La funzione amministrativa giustiziale, insomma, riprende la vita di un provvedimento, valutandolo in modo critico e sul provvedimento esprime la sua pronuncia motivata: non si tratta di valutare l'interesse, la garanzia del ricorrente o la neutralità del giudice; si tratta di un secondo atto rispetto al provvedimento -che resta centrale perché espressione della funzione amministrativa- che, nella specie, colpisce proprio gli addetti ai lavori, producendo un innalzamento del tono stesso dell'attività amministrativa: un'attività che non si piega agli interessi delle parti e, nemmeno in senso stretto, all'interesse pubblico che ha presieduto l'emanazione del provvedimento impugnato, ma ad un altro interesse che si può benissimo definire pubblico, che però è l'interesse ad ottenere dalla legge uno spazio di neutralità che si riveli il luogo più elevato nell'ordinamento; la funzione amministrativa giustiziale in quanto tale e tutte, in realtà, le funzioni amministrative neutrali sono senz'altro collocate nello spazio più elevato dell'ordinamento amministrativo, proprio perché il loro esercizio è il frutto di una rimeditazione, di una volontà di essere fuori dall'interesse contingentemente già valutato, per andare alla ricerca di un risultato neutrale, di giustizia nell'amministrazione, o di buon andamento, buona amministrazione già nel pieno farsi dell'attività amministrativa neutrale.

Quando questa funzione dell'amministrazione produce una valutazione *de justitia*, che deve anzitutto tener conto di quello che è stato già valutato, talvolta confermandolo perché è stato molto ben valutato, altre annullandolo nell'espressione di un giudizio di secondo grado; ma, anche a prescindere dal procedimento di primo o di secondo grado, la funzione giustiziale offre un contributo straordinariamente più ricco all'amministrazione, perché poggia su un interesse diverso, non solo l'interesse primario, quello di offrire giustizia al cittadino, ma anche un effettivo progresso dell'efficacia dell'amministrazione, atteggiandosi come veicolo privilegiato della buona amministrazione.

Infatti, il funzionario esercente funzioni giustiziali è scelto tra i migliori per ovvie ragioni di massima professionalità e il suo lavoro arricchisce quella branca amministrativa di un ufficio di eccellenza, rappresenta un evidente esempio di buona (o migliore) amministrazione e sollecita altri funzionari a misurarsi in quella funzione: un esempio positivo può dirsi fonte certa di elevazione del tono dei pubblici uffici amministrativi.

Le brevi considerazioni sulla *ratio* e sulla utilità della funzione giustiziale che precedono, aiutano ad evidenziare l'*ubi consistat* della scelta normativa avente ad oggetto l'affidamento di alcune funzioni neutrali ad un'amministrazione che normalmente svolge funzioni tutt'altro che neutrali, essendo legata alle sue *missions*: accorpare tutte le funzioni tipiche dell'amministrazione nell'ambito del medesimo organismo (può anche non condividersi che le funzioni svolte dalle autorità indipendenti abbiano natura amministrativa, ma non può dubitarsi che esse siano organi dell'amministrazione, soggette alle regole proprie della funzione dell'amministrazione pubblica), risponde alla garanzia della buona amministrazione, oltre che alla logica del risparmio di risorse pubbliche⁵⁷. Infatti, lo sforzo dell'accorpamento delle funzioni in capo allo stesso organo, soprattutto allorché esso sia dotato delle competenze specialistiche e tecniche indispensabili in quel determinato settore che gestisce, occupandosi della corretta applicazione della normativa, come della vigilanza, del potere sanzionatorio e di quello di regolazione (si pensi alla recente istituzione dell'autorità anti corruzione ed alla ancor più recente tendenza del legislatore nel senso del maggior ampliamento delle sue funzioni), comporta la completezza delle "prestazioni" che ogni amministrazione offre alla collettività, arricchite dalla funzione giustiziale, nonché, talvolta, da quella arbitrale.

Queste ultime, tuttavia, non possono essere interpretate come funzioni caratterizzanti la natura giuridica dei compiti affidati alle autorità: esse risultano

⁵⁷ Rileva M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, cit. p. 1093, ss., che da alcuni anni le esigenze di "razionalizzazione della spesa pubblica e di un suo migliore utilizzo assegnano al buon andamento significati ulteriori e diversi rispetto a quelli in cui normalmente si declina ed esprime". In particolare, si è attuata una rivoluzione del modo di concepire l'azione del potere pubblico che "da esercizio di attività meramente conforme al dettato legislativo, è andata via via rispondendo ad esigenze differenti" di attenzione al risultato. Questo inserimento della filosofia manageriale nell'azione dell'amministrazione ha destato preoccupazioni in punto di legalità, quasi che "il conseguimento del risultato fosse di per sé un rischio inaccettabile per un'attività tenuta a preoccuparsi di dare esecuzione al dettaglio legislativo nel rispetto di tutte le regole poste a tutela delle garanzie del cittadino". Ma, osserva l'autore, "il risultato amministrativo non costituisce qualcosa che si colloca al di fuori della norma e dunque del principio di legalità, ma piuttosto, attribuisce a questo un significato più precipuo, maggiormente coerente con l'esigenza di effettività della tutela degli interessi in vista della quale trovano legittimazione i diversi centri di potere pubblico".

amministrative a tutti gli effetti perché la loro attività è vincolata nel fine ed è, passaggio per passaggio, funzionalizzata alla cura dell'interesse pubblico specifico che a ciascuna di esse viene affidato. Quindi non si tratta punto di organi neutrali, bensì di organi che svolgono funzioni prettamente autoritative, di vigilanza, sanzionatorie e giustiziali, talvolta anche funzioni neutrali di arbitro.

La circostanza per la quale poteri neutrali di arbitro siano attribuiti per completare le funzioni svolte dagli organi amministrativi e siano destinati a garantire la buona amministrazione, trova significativa conferma nel fatto che, come si è cercato di dire fin qui, quando il funzionario svolge più compiti, assai diversi fra loro, egli riceve un indubbio beneficio da attività multifunzionali; se poi tra i compiti diversi, venga ricompreso anche quello più alto di garantire giustizia nell'amministrazione, ciò non può che arricchire il suo bagaglio di competenze ed esperienze professionali, migliorando la sua professionalità.

Così le amministrazioni "producono" migliore amministrazione mediante l'attività dei singoli funzionari, nell'esercizio dell'attività amministrativa. Non è un caso che il nostro ordinamento giuridico indirizzi le norme dirette a disciplinare l'attività amministrativa e poste a presidio della buona amministrazione, sempre più nella direzione della valutazione della *performance* individuale dell'amministratore: se fino a qualche anno fa le norme che si rivolgono all'amministrazione, soprattutto in materia di organizzazione degli uffici non hanno prodotto risultati di rilievo, l'ordinamento generale, allo scopo di dare concretezza ai risultati di pubblico interesse da conseguire, rivolge ormai le sue disposizioni a chi amministra concretamente, alla persona del funzionario, alla sua prestazione, oltre che all'attività amministrativa procedimentalizzata e disciplinata dalla legge.

Dalle riflessioni che precedono sulle autorità indipendenti si evince, in punto di qualificazione di neutralità, come l'adeguato livello di autonomia organizzativa garantito loro dalla legge possa considerarsi un elemento necessario, ma per nulla sufficiente a qualificare questi organismi come neutrali, dovendo il fulcro dell'analisi avere ad oggetto la tipologia di funzione di volta in volta esercitata.

Si ritiene, in particolare, di poter condividere la tripartizione prospettata di recente, per la quale, nell'esercizio dei compiti di regolazione e di amministrazione attiva, le *authorities* operano secondo il tradizionale modello dell'azione amministrativa, basato sulla ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti, utilizzando differenti margini di discrezionalità sia amministrativa che tecnica; modello finalizzato al conseguimento del "proprio interesse alla creazione di un substrato giuridico adeguato per lo sviluppo del settore di riferimento".

Nello svolgimento delle funzioni di vigilanza e controllo, al contrario, le autorità indipendenti prescindono dalla valutazione comparativa, dovendo attenersi alla verifica della corretta applicazione delle regole di condotta da

parte dei soggetti obbligati ad agire secondo quelle regole; anche qui, tuttavia esse non si trovano in una posizione di indifferenza, dovendo perseguire un interesse pubblico *proprio* “consistente nella tutela complessiva del sistema in cui operano le libertà pubbliche e private coinvolte”⁵⁸.

Nell’esercizio dell’attività contenziosa, viceversa, si assiste ad un agire scervo da qualsiasi funzionalizzazione che non sia la risoluzione del singolo conflitto: in questo caso, infatti, l’interesse perseguito dall’organo amministrativo si rivela autenticamente neutro, coincidendo con l’interesse ad una decisione che ristabilisca l’ordine giuridico, posto in discussione dall’oggetto della controversia. Soltanto quando l’amministrazione si pone al di fuori dell’assetto degli interessi, senza alcun condizionamento politico nella determinazione del loro assetto finale, dunque non spende poteri discrezionali puri ma soltanto le regole che scaturiscono dai vari saperi tecnici, agendo, come suol dirsi, a regola d’arte -discrezionalità tecnica-⁵⁹, la sua indipendenza funzionale raggiunge i livelli che le consentono di collocarsi al di là della mera imparzialità, esercitando una vera e propria funzione amministrativa neutrale⁶⁰.

⁵⁸ Cfr. M. CALABRO’, *La funzione giustiziale*, cit., p. 277 ss.

⁵⁹ In termini G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., p. 181.

⁶⁰ M. CALABRO’, *op. cit.*, p. 278.

La funzione amministrativa neutrale e i “nuovi diritti” nascenti nel settore della comunicazione mediante la rete delle reti

Sommario: 1.- *Premessa.* 2.- *Internet ed i suoi profili di bene comune.* 3.- *Il diritto all’informazione e i “nuovi diritti” (sociali) digitali.* 4. *Il diritto di accedere alla conoscenza tramite internet: profili di diritto europeo.* 5.- *La net neutrality (il servizio universale) e la funzione amministrativa.* 6. *La funzione amministrativa neutrale di garanzia dei “nuovi diritti” digitali.*

1. Premessa

Nelle pagine che seguono proveremo a ricostruire la funzione attribuita dall’ordinamento generale all’amministrazione per la garanzia dei cc.dd. “nuovi diritti” -pur limitando l’analisi a quella categoria di questo tipo di diritti legata all’avvento e allo sviluppo degli usi della rete internet-, per verificarne gli eventuali caratteri di neutralità, interrogandoci sulla possibilità che essa, quando applicata ai rapporti tra pubblici uffici e cittadini, possa risolversi, appunto, in una funzione amministrativa neutrale.

Nel percorso che ci accingiamo ad affrontare, come spesso è capitato durante la stesura di questa ricerca, toccheremo alcune tematiche di grande rilevanza nell’ordinamento giuridico generale, in alcuni casi legate alla garanzia e alla tutela dei diritti fondamentali della persona; tematiche che sono state oggetto di analisi, studi e approfondimenti nei pressoché infiniti contributi della dottrina e della giurisprudenza amministrativistica, civilistica e costituzionalistica, nonché di grande attenzione da parte delle scienze economiche e sociali.

Nell’economia di uno studio sulla funzione amministrativa neutrale, pena il rischio di oltrepassare i confini del tema centrale, non si potrà dar conto, neppure con approssimazione, di questi contributi, dovendo limitare, piuttosto, l’analisi sul tema oggetto d’indagine, con riferimento soltanto ad alcuni contributi ritenuti più pregnanti nella limitata prospettiva della ricerca dell’esercizio di una funzione amministrativa neutrale.

Partendo da una breve considerazione delle più rilevanti conseguenze -nella prospettiva che qui interessa dell’avvento della rete internet aperta a tutti- intendiamo interrogarci sulla validità della inclusione -propugnata talvolta in dottrina- della rete delle reti nella categoria dei beni comuni; indi si passerà a ricercare nella Carta costituzionale una norma nella quale incardinare una

dimora sufficientemente “sicura” per quei nuovi diritti che appartengono alla persona e che consentono lo sviluppo di ogni personalità e dell’identità personale, attraverso la garanzia del pieno accesso alle informazioni ed alle conoscenze, raccolte anche, con rapidità e completezza crescenti, in rete; si giungerà, quindi, passando per l’analisi della c.d. neutralità della rete, ad individuare la funzione esercitata dall’amministrazione per la garanzia del diritto a costruire la propria identità personale, ad acquisire, per così dire, lo *status* di persona consapevole e partecipe della vita politica, economica e sociale del Paese, nonché a valutare i tratti caratteristici di questa peculiare funzione, al fine di rintracciare colà le eventuali conseguenti trasformazioni dell’organizzazione amministrativa e sicuri caratteri di neutralità.

2. Internet ed i suoi profili di bene comune

A. Il progresso tecnologico, com’è noto, influisce, modificandole in radice, sulle regole dei rapporti di natura economica e sulla struttura stessa di quelli sociali, civili e politici, “con conseguente ripensamento del ruolo che l’amministrazione è chiamata a svolgere nell’ordinamento generale”¹. Inoltre, la definizione, ormai diffusa, della rete delle reti, internet, come *bene comune*, ha indotto, in questo studio, a seguire il ripensamento delle categorie giuridiche tradizionali, a partire dal rapporto dominicale; tentiamo qui di adeguare quelle categorie alla rivoluzionaria transizione, determinata dall’ormai piena accessibilità a vari livelli delle informazioni sul *web*, dalla proprietà all’accesso.

L’avvento della rete internet aperta a tutti ha impresso una forte accelerazione non soltanto ai rapporti sociali, ma, riferiscono alcuni autorevoli economisti², in modo ancor più pregnante ai rapporti economici, tanto da scardinare le tradizionali regole del mercato, dando origine ad una “nuova economia” nella quale si consente di superare quei condizionamenti spazio temporali che in passato hanno rallentato in modo considerevole lo sviluppo delle imprese,

¹ V., sul punto, P. OTRANTO, *Internet nell’organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, Bari 2015, p. 249. Cfr. anche S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in www.federalismi.it, n. 23/2016, il quale rileva, in linea generale, che “l’introduzione di un nuovo istituto giuridico nell’ordinamento determina inevitabilmente una serie di conseguenze sugli altri istituti già presenti...del resto, anche il nuovo istituto non è immune da effetti per così dire riflessi su di sé. Infatti, anche gli istituti già presenti e più antichi producono conseguenze su quelli di ultimo conio.

Si determina così un impianto circolare in cui effetti e reazioni danno vita ad un sistema in cui la sommatoria a freddo dei singoli istituti in un medesimo contesto è molto diversa dal prodotto derivante dalle interazioni a caldo fra gli stessi”.

² S. DAVIS - C. MEYER, *Blur. Le zone indistinte dell’economia interconnessa*, Milano, 1999.

specie di quelle geograficamente lontane dai mercati principali, provocando una vera e propria segmentazione del mercato, per lo più a causa della distanza fisica, oggi pressoché annullata dal funzionamento della rete *web*.

Per di più, le utilità che vengono sprigionate dalla connettività, quindi dalla velocità di qualsiasi operazione svolta “in tempo reale” si apprezzano, in un’economia di scala, nella significativa riduzione, se non nella totale eliminazione dei costi delle comunicazioni, agevolando, ad esempio, ogni tipo di transazione economica; ancora, la necessaria (perché legata a comunicazioni non fisiche) introduzione di beni intangibili, apporterebbe “un elemento dissociativo, sul piano della sistematica giuridico-economica, nei rapporti tra beni materiali e immateriali, riducendo in tal modo la rilevanza di un’altra distinzione di base per la scienza giuridica non meno che per la scienza economica, quella tra beni e servizi”³.

Si direbbe, insomma, che l’avvento della rete internet accessibile a tutti, abbia ormai determinato il passaggio, a ragione definito epocale, da una società industriale a una società postindustriale, ove la conoscenza, la possibilità di raccogliere con un *click* informazioni da tutto il pianeta assume, nella formazione della personalità, dell’identità personale (per usare un’espressione cara ai giudici della Consulta), non molto diversamente nel ciclo produttivo di un’impresa, un valore inestimabile, in particolare perché si tratta di uno strumento ormai indispensabile per la realizzazione dei diritti fondamentali dell’individuo, nonché dei risultati più rilevanti nelle dinamiche dei rapporti economici.

In questo contesto, cedono significative porzioni di rilevanza quelle cose, quei beni e prodotti che, fino al passato prossimo, hanno dominato il mercato, in favore della conoscenza, intesa come sistema economico e sociale globale⁴, acquisita all’interno di quella che è stata definita “società dell’informazione”⁵.

³ Cfr. P. OTRANTO, *Internet, cit.*, p. 53.

⁴ M. CASTELLS, *The Information Age: Economy, Society and Culture. Vol. III. End of Millennium*, Oxford, 1998.

⁵ Cfr. A. MATTELART, *Storia della società dell’informazione*, Torino, 2002; ma anche ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d’espressione. Media, mercato, potere nella società dell’informazione*, Bologna 2004. A. TOURAINE, *La société postindustrielle. Naissance d’une société*, Paris, 1969; D. BELL, *The Coming of Post-Industrial Society: A Venture in Social Forecasting*, New York, 1973. Per un’approfondita riflessione di carattere giuridico cfr., nella dottrina italiana, M. PIETRANGELO, *La società dell’informazione tra realtà e norma*, Milano, 2007. Cfr. anche E. CHELI, *Industria audiovisiva e società dell’informazione*, in www.federalismi.it, n. 12/2014; B. CARAVITA DI TORITTO, *Un’occasione da non perdere: ripensare in senso oggettivo il servizio pubblico*, *ivi*, n. 1/2016, ove si evidenzia come “Il compito del legislatore è, dunque, quello di costruire un assetto normativo atto a coniugare la natura essenzialmente imprenditoriale del settore delle comunicazioni in generale,.... con i principi canonizzati nell’articolo 21. La libertà di manifestare il proprio pensiero o di fornire informazioni, con il suo corrispettivo di ricevere la manifestazione e le informazioni

La breve premessa induce anzitutto a soffermarsi proprio sulla definizione della rete internet come bene comune, partendo dalla premessa maggiore per la quale nei rapporti di proprietà pubblica⁶ i beni comuni ricevono questa classificazione non in forza del regime dominicale impresso dall'ordinamento giuridico, bensì della loro vocazione e conseguente destinazione alla fruizione pubblica, all'uso comune "che non ammette limitazioni, se non dettate da motivi di tutela oggettivamente necessaria al bene"⁷; sicché è la stessa natura giuridica del bene, insieme alla funzione che esso assolve nella società civile ad imprimere la caratteristica sua propria di suscitare l'interesse di tutti.

Potrebbe affermarsi che la proprietà pubblica sia riconosciuta dall'ordinamento giuridico come uno stigma perché si tratta di una proprietà destinata all'uso generale, all'uso comune, diverso da quello eccezionale di sandulliana memoria, ove si restringono i casi in cui la proprietà pubblica può essere utilizzata con naturalità -si pensi al litorale marino-; eppure, sempre di uso si tratta, non esistendo la proprietà in quanto tale, se questa è pubblica, perché essa, appunto è *quoad usum* e non *quoad proprietatem*: la proprietà senza la funzione, senza la ragione per la quale viene attribuita, non ha utilità e non ha ragione d'essere.

Se si prendono le mosse dalla premessa per la quale non esiste proprietà pubblica che non ricada su beni che sono destinati all'uso della collettività o, comunque, a diretto vantaggio di questa, ci si avvede agevolmente di come tutti i beni aperti alla fruizione collettiva sono il teatro di un incontro tra i cittadini e lo Stato, proprietario formale, onerato di doveri ben più che dotato di diritti sui beni pubblici, anche quelli del patrimonio indisponibile, con particolare riguardo ai beni aperti all'uso comune; sicché l'uso del bene si caratterizza per la paritarietà, generalità e gratuità sostanziale⁸.

altrui, si invera anche, e soprattutto, attraverso il principio del pluralismo informativo che, posto a fondamento di un servizio pubblico di interesse generale, deve garantire obiettività, imparzialità e completezza" (p. 4).

⁶ In questi, infatti, si inseriscono agevolmente i beni immobili e le universalità di beni mobili attribuiti dall'ordinamento a soggetti pubblici, affinché ne garantiscano l'apertura all'uso di tutti, "non soltanto di comunisti o più in generale dei cittadini italiani, ma di tutta l'indeterminabile schiera di possibili utenti". Così, ancora, P. OTRANTO, *Op. ult.cit.*, p. 250.

⁷ In termini, ancora P. OTRANTO, *Op. ult.cit.*, sulla scorta della nota impostazione dommatica di V. CAPUTI JAMBRENGHI, elaborata anzitutto in *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli 1979. Su alcune conseguenze rilevanti della teorizzazione del regime dominicale del bene, individuato *quoad usum* piuttosto che *quoad proprietatem*, sia consentito il rinvio anche al mio *La tutela dei centri storici tra usi compatibili e lacune legislative*, in *La tutela dei centri storici - Discipline giuridiche*, Torino 1997.

⁸ Oltre agli autori citati nella nota precedente, sui beni a fruizione collettiva e su alcuni aspetti di quest'ultima cfr. almeno G. DELLA CANANEA, *I beni*, in S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 2012, p. 234 ss. e

In realtà, ove si consideri che in dottrina si discorre ormai di frequente di una nuova e multiforme categoria giuridica di beni comuni, che si aggiungerebbe a quelle ben note di beni pubblici e beni privati⁹, ci si avvede come la stessa definizione generale di bene comune meriti una rinnovata riflessione da parte della dottrina giuridica fautrice della teoria dei beni comuni, per includervi, con sicuro fondamento dommatico, anche i beni immateriali e, per la

V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Annuario AIPDA* 2003, Milano 2004, p. 3 ss.; C. IANNELLO, *Il diritto all'acqua. L'appartenenza collettiva della risorsa idrica*, Napoli 2012; A. GIANNELLI, *Beni sfruttabili o consumabili. Demanio marittimo e porti*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2016. Operano una opportuna distinzione, in tema di costruzione delle *smart cities*, F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2015, tra l'uso comune dei beni pubblici e la “messa a disposizione di beni pubblici il cui uso ha carattere di rivalità, spesso necessari per realizzare iniziative *smart*”, chiarendo che occorre “scongiurare il rischio insito in una considerazione superficiale della materia che pretendesse di identificare il diritto “delle” (o “alla”) città come il risultato della somma di una serie di diritti connessi alla città medesima (quali, ad esempio, il diritto all'elettorato attivo dei cittadini, il diritto all'uso dei beni pubblici nell'ambito urbano, il diritto alla mobilità, i diritti alla fruizione di servizi economici e non, e così via). Mediante il riferimento a un elemento aggiuntivo (la *smart city* appunto, che incarna le utilità generate dalle interconnessioni delle parti) pare possibile attribuire un'autonomia e specifica consistenza giuridica al diritto che di quell'oggetto sistemico si occupa e che non può essere ridotto all'insieme di norme che si volgono a regolarne le parti”. D'altronde, continuano gli aa., “non è un caso che il messaggio che “passa” allorché si parla di città *smart* sia quello di un contesto che offre possibilità innumerevoli alle persone che siano esse stesse *smart*, generando - e abilmente sfruttando - un significativo slittamento verso il fruitore del carattere intelligente inizialmente riferito alla comunità. Questo è un ulteriore obiettivo comune che consente di aggregare prestazioni, pubbliche e private, diverse, unificate dall'uso dello strumento informativo e dalla messa in comune di fattori e risorse e dall'iniziativa dal basso”. Cfr. sul tema anche A. PENSI, *L'inquadramento giuridico delle «città intelligenti»*, in *www.giustamm.it*, n.9/2015; R. FERRARA, *The Smart City and the Green Economy in Europe: a Critical Approach*, in *Energies*, n. 8/2015, p. 4724 ss.; E. FERRERO, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro amm.*, n.4/2015, p. 1267 ss.

⁹ Interessante la prospettazione di chi, operando una distinzione tra i beni comuni tipizzati dalla destinazione alla fruizione (e capaci di aprirsi ad una gestione) collettiva e i beni connotati dall'appartenenza pubblica, auspica che i beni comuni trovino una espressa collocazione costituzionale nell'ambito della sfera pubblica, poiché la sottrazione al mercato e il rilievo attribuito al profilo funzionale del bene, non spiegano la contrarietà al pubblico; sicché “comune” non si pone in antitesi con “pubblico”, ma è pubblico. Cfr. A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il “pubblico” e la Costituzione*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 3 2013; A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *La Costituzione italiana: riforme o stravolgimento*, C. Amirante (a cura di), Torino, 2016, p. 152 ss.

precisione, i c.d. *new commons* nei quali rientrerebbe, appunto, la rete internet e le pressoché infinite conoscenze che essa è capace di offrire¹⁰.

Tuttavia, usando le tradizionali (certamente da aggiornare) categorie che il codice civile, la Costituzione, la legge sulle acque pubbliche, sui beni culturali e sul paesaggio, il codice della navigazione, il codice della strada, le leggi sugli acquedotti, l'ordinamento militare, le norme sui cimiteri e sui mercati di demanio particolare del comune offrono, si ricavano una serie di contenitori di norme che consentono di affermare che tutta la proprietà pubblica è intensamente utilizzata e sempre più utilizzabile (anche grazie all'esistenza della rete internet).

Proprio questa circostanza ha indotto alcuni studiosi¹¹ ad interrogarsi sulla distinzione, per inquadrare la categoria dei beni comuni, tra *uti* e *frui*, tra uso

¹⁰ S. NESPOR, *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, cit., spec. p. 8 definisce la nascita dei *new commons* come “un contromovimento di difesa di risorse minacciate dalla privatizzazione (come è stato nel caso dell'acqua in Italia), o anche, spesso dalla loro appropriazione da parte di poteri pubblici, agevolato dalle immense possibilità di comunicazione e interazione tra gruppi di attivisti offerte dallo sviluppo di internet che ha proiettato a livello globale realtà locali di minaccia a beni comuni che sarebbero altrimenti passate inosservate”. Si tratta, in gran parte, secondo l'a., “di una reazione all'affermarsi a livello globale di un movimento economico consistente nel trasferimento di risorse da beni immateriali o da servizi dal dominio collettivo a quello del mercato; ... un movimento che è stato denominato le “secondo *enclosures*” (le prime *enclosures*, come è noto, sono le appropriazioni di terre comuni verificatesi in Inghilterra e nel Galles a partire dalla fine del XV secolo e fino al XVIII secolo che segnarono, secondo Marx, l'effettivo inizio del capitalismo)”. Eppure, avverte Nespor, si continua a far rientrare nella categoria dei beni comuni cose estremamente diverse, che hanno senz'altro qualcosa in comune con altri beni certamente ascrivibili alla categoria, “ma non è facile stabilire esattamente che cosa. E non è così chiaro se quel “qualcosa” in comune è sufficiente per organizzare una categoria unitaria di beni comuni. Qui sta il pericolo, ripetutamente segnalato Albert Hirschman, *Le passioni e gli interessi*, Feltrinelli 2011 (ed. originale *The Passions and the Interests: Political Arguments For Capitalism Before Its Triumph*. Princeton, Princeton University Press 1977) e da Stefano Rodotà: se tutto diventa bene comune, niente può essere davvero giuridicamente protetto dall'aggressione da una parte della proprietà privata e del mercato, dall'altra dall'ambiguo e spesso mortale abbraccio della proprietà pubblica”. Sulle prospettive di regolazione dei *new commons* cfr. B.L. BOSCHETTI, *The demand for land: rethinking land use management and regulation*, in www.federalismi.it, n. 13/2015.

¹¹ La distinzione fra *uti* e *frui* ha origini assai lontane; è rintracciabile in Aristotele e in Cicerone ed ha ricevuto una prima classificazione in termini giuridici nella trattazione più rilevante di Tommaso d'Aquino, il quale ha come fonte principale della sua analisi i testi di Agostino, venerati e studiati intensamente. Cfr., di quest'ultimo, *La Dottrina cristiana, La Città nuova*, ristampa Ed. Roma 1992, I, 3.3; Id., *De diversis quaestionibus octogintatribus*; trad. it. *Ottantatré questioni varie, Questione XXX*. La definizione della dimensione morale virtù-vizio median-

e godimento, fruizione della proprietà pubblica, rilevando come nella prima categoria, quella dell’uso, è il solo contatto con il bene a produrre l’utilità in favore del suo utilizzatore; mentre nella seconda, che necessariamente presuppone la prima -non potendovi essere godimento o utile fruizione senza l’uso del bene-, il concessionario della cosa pubblica non si limita soltanto ad usarla per ricavarne utilità, bensì la amministra legittimamente, ricavando e cedendo attraverso lo svolgimento di questa attività, le tipiche utilità che il bene è capace di sprigionare.

B. La globalizzazione della rete internet, è un fatto, finisce per condurre ad una sempre più esponenziale perdita di rilevanza del concetto stesso di “proprietà”, cioè della titolarità e materiale disponibilità piena ed esclusiva di un bene, in favore della capacità di individui e imprese di fruire temporaneamente di beni controllati da reti di fornitori, cioè in favore dell’accesso ai beni materiali e immateriali messi in rete, per soddisfare le proprie esigenze di sviluppo complessivo¹².

Peraltro, come è stato osservato di recente, lo stesso termine “internet” è polisemantico, indicando una “realtà assai complessa, costituita (almeno) da protocolli comunicativi, infrastrutture e applicazioni insuscettibili di una considerazione unitaria”, sicché si giustificherebbe “l’emersione di tesi contrapposte sulla riconducibilità di internet nel novero dei beni ad uso comune fino all’affermazione”, pure presente nelle riflessioni di alcuni autori¹³, per la quale non sarebbe internet a costituire un bene comune, bensì la banda larga che consente l’accesso alla rete, quindi il conseguimento dei molteplici benefici derivanti da quest’ultimo¹⁴.

te i concetti economico-giuridici è contenuta anche nel X Libro del *De Trinitate*, Capitolo X: «La vita corrotta e colpevole non è nient’altro che una vita che male usa e male fruisce».

¹² L’intuizione è di P. OTRANTO, *op. cit.*, sulla scorta delle riflessioni di J. RIFKIN, *L’era dell’accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano, 2000.

¹³ Cfr. S. MONTALDO, *Internet e Commons; le risorse della rete nella prospettiva dei beni comuni*, in *Dir. dell’informazione e dell’informatica*, n. 2/2013.

¹⁴ Così P. OTRANTO, *op. cit.*, p. 272, il quale nota come già da un punto di vista semantico sia “difficile poter enucleare un bene ‘internet’, proprio perché il termine descrive il portato dell’interazione e combinazione ordinata di una pluralità di fenomeni (ad esempio la normazione tecnica uniforme) e beni (i protocolli, le infrastrutture di comunicazione, i *software* e le applicazioni), serventi rispetto (almeno) ad uno scopo: la possibilità di veicolare senza limiti di spazio e tempo i contenuti comunicativi”. Quanto alle reti di comunicazione elettronica, chiarisce l’a., esse si qualificherebbero come “beni destinati all’erogazione, ma sprovvisti del profilo dell’appartenenza soggettiva pubblicistica”, sicché da una lato emerge “l’interesse del privato proprietario alla realizzazione del profitto economico”, dall’altro, “quello di tutta la società a poter disporre di una rete di erogazione funzionante ed efficiente (che si manifesta nell’ordinamento attraverso disposizioni idonee ad imporre al proprietario o al gestore privato precisi obblighi)” e ancora emerge “l’interesse

Or, per avviare il tentativo di contribuire ad una ricostruzione del “bene” *internet* (o della *banda larga* o, ancora, della stessa *conoscenza* che questi strumenti consentono di acquisire) come bene comune, occorre avvicinarsi sul tema dei beni comuni, soffermandoci sulla definizione che di essi offre la dottrina giuridica che, com’è inevitabile, in particolare nei nuovi questi ultimi beni, subisce l’influenza degli studi economici. Prendiamo, quindi, le mosse da una sintetica panoramica di questi ultimi.

Nella prospettazione di colei che potremmo definire la madre degli studi economici sui beni comuni¹⁵, si distinguono 4 categorie di beni, sulla base della presenza di due fondamentali caratteristiche, capaci di connotare il rapporto tra il bene e il suo utilizzatore/fruitoro: la possibilità di escludere un soggetto dall’uso del bene (esclusività) e la circostanza per la quale l’uso da parte di un soggetto, compromette, fino ad impedirlo, l’uso da parte di altri (rivalità). Quest’ultima caratteristica assume, per vero, nelle riflessioni di altri autori, accezioni differenti, capaci di spostare la sistemazione del bene da una categoria all’altra.

pubblico al corretto dispiegarsi delle regole della concorrenza, garantendo ai nuovi operatori l’accesso e l’interconnessione alle reti esistenti” p. 274.

Secondo B. TONOLETTI, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in *Annuario AIPDA* 2003, Milano 2004, le reti sono beni destinati all’uso comune delle imprese nel mercato, assoggettati ad un particolare regime giuridico che consenta di garantire alle imprese la possibilità di operare in un mercato libero e paritario. In senso non difforme M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano 2004, ritiene che le reti siano beni comuni a destinazione pubblica sottoposti a regolazione amministrativa in ragione della loro funzionalità all’erogazione del servizio e allo sviluppo della concorrenza tra le imprese nel mercato; per S. MONTALDO, *Internet e Commons*, *cit.*, p. 287 ss., le reti *wireless* hanno subito una evoluzione che da risorse comuni caratterizzate da escludibilità e rivalità, le ha viste trasformarsi in beni di *club*, per restare nella classificazione economista, o beni pubblici a seconda della natura giuridica del soggetto che predispone la rete e delle regole che ne condizionano l’accesso, laddove M. TROVATO, *Internet*, in E. Somaini (a cura di), *I beni comuni oltre i luoghi comuni*, Torino 2015, individua beni privati, quindi escludibili e rivali nella nel consumo della capacità connettiva, ossia nella banda. Si vedano, inoltre i diversi contributi presenti nel volume a cura di M. Bombardelli, *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, 2016, che offrono anche un’ampia panoramica critica relativa alle eterogenee caratteristiche delle “dottrine dei beni comuni”.

¹⁵ Si fa riferimento, in particolare, agli studi di Elinor Ostrom la quale ha incentrato la sua attività di ricerca scientifica per lo più sul tema dei beni comuni, riconosciuta a livello mondiale, anche dall’attribuzione nell’anno 2009 del premio Nobel per l’economia. Cfr. almeno, dell’A., *Governare i beni collettivi*, Venezia 2006 e, in collaborazione con R. GARDNER e J. WALKER, *Rules, Games and Public Choices*, in E.S. Savas (a cura di), *Alternatives for Delivering Public Services: Toward Improved Performance*, Boulder 1977, p. 7 ss.

Le quattro categorie di beni elaborate da questa dottrina sono quelle dei beni privati, senz'altro escludibili e rivali, dei beni di *club*, caratterizzati da elementi di accesso o consumo congiunto -tanto che non presentano il carattere della rivalità, ma soltanto quello dell'esclusività-, dei beni (o delle risorse) comuni, non escludibili ma rivali a causa della loro esauribilità; infine dei beni pubblici che, nella suddivisione proposta -che esula da ogni riferimento alle categorie dommatiche in precedenza note al giurista-, non sono escludibili, né rivali, nei quali si fanno rientrare la pace, la sicurezza, la difesa nazionale, la protezione dagli incendi, i servizi di previsioni meteorologiche, nonché l'instimabile valore della conoscenza, quello stesso valore che proprio nella navigazione sul *web*, trova oggi il terreno elettivo migliore per la sua acquisizione a vantaggio di chiunque.

Sicché, nella riferita quadripartizione, la premessa maggiore sui beni/risorse comuni è che essi sono tali in relazione alla naturale tendenza ad essere oggetto di un uso rivale, ma non escludibile, non invece in relazione al regime dominicale, né alla attitudine della risorsa a soddisfare i diritti fondamentali o gli interessi superindividuali.

Al contrario, è proprio quest'ultima attitudine, nelle riflessioni giuridiche di alcuni autori¹⁶ che hanno dato vita alla c.d. corrente *benecomunista*, che assume una rilevanza centrale nella connotazione funzionale dei beni comuni, quella cioè che consente di classificarli in quanto capaci di soddisfare i diritti fondamentali nel rispetto dei principi di coesione economica e sociale, della sostenibilità ambientale, del servizio universale e della giustizia sociale¹⁷; sicché “l'astrazione proprietaria si scioglie nella concretezza dei bisogni, ai quali viene data evidenza soprattutto collegando i diritti fondamentali ai beni indispensabili per la loro soddisfazione”¹⁸.

Infatti, la definizione di bene comune che offrono i giuristi non coincide punto con quella proposta dagli economisti -a partire da Ostrom- che guardano alla realtà con le categorie della scienza economica, indagando sul valore dal punto di vista economico che il bene può offrire e sulle implicazioni nei

¹⁶ Tra i quali v. anzitutto U. MATTEI, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino 2015; S. RODOTA', *Il mondo della rete. Quali diritti, quali vincoli*, Roma - Bari 2014; Id., *Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria*, in *Quest. giust.* 2011, p. 237 ss; U. Mattei, - E. Roviglio - S. Rodota' (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma 2010; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano 2008.

¹⁷ Si vedano in proposito le riflessioni offerte da P. CHIRULLI, *I beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2012.

¹⁸ Così S. RODOTA', *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna 2013, p. 464. Sulla inscindibile connessione dei beni comuni alla funzione che svolgono, v. anche A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Bari 2013, p. 66 ss.

rapporti sociali ed economici che il suo inserimento nella categoria dei beni comuni produce.

Come si è detto, diversamente da quanto avviene nella letteratura economica, ove rilevano le caratteristiche della escludibilità/non escludibilità dell'uso del bene e della rivalità del suo consumo, in quella giuridica l'elemento che assume una rilevanza pregnante per la tipizzazione dei beni comuni è la funzionalità che essi sprigionano, ossia la capacità di soddisfare i bisogni legati alla realizzazione dei diritti fondamentali dell'individuo.

Le diverse prospettazioni della dottrina ancorano la definizione di bene comune al criterio fondamentale della sua funzionalità, modulandolo in base alle differenti classificazioni di beni comuni che ciascuno ritiene corrette; ma, per tutti, il tratto distintivo di questi beni è nella capacità che essi hanno di soddisfare, attraverso la fruizione collettiva, le esigenze legate ai diritti fondamentali dei soggetti dell'ordinamento giuridico.

Anche la fruizione collettiva viene diversamente "modulata" nelle analisi della dottrina, nel senso che v'è chi ritiene che essa sia assoggettata ad alcuni e chi ad altri limiti; limiti che vengono giustificati in base al sistema ordinamentale o a singole disposizioni di legge, differenti a seconda dei beni che vengono considerati comuni, legati quindi alla soddisfazione di differenti diritti inviolabili.

La capacità del bene di essere qualificato come bene comune dipende, insomma, nella prospettiva giuridica, dalla sua strumentalità rispetto al soddisfacimento dei diritti della persona, cioè dalla sua "utilità"¹⁹ alla persona per la realizzazione dei suoi diritti fondamentali; per questo, l'accesso al bene comune deve essere garantito a tutti, quindi assoggettato ad un regime speciale²⁰. Un regime basato non sulla caratterizzazione dominicale del bene, bensì sull'assoggettamento di quest'ultimo alla garanzia della salvaguardia e della fruizione collettiva del bene, attribuito in titolarità, per così dire "diffusa" e assoggettato ad un "regime di utilizzo e di gestione partecipata, così infrangendo lo schema proprietario"²¹ che si "scioglie nella concretezza dei bisogni"²² degli individui.

Sembra di poter affermare che in questo contesto, ove si discorre di beni non escludibili e non sottraibili, il ruolo che possono assumere i pubblici po-

¹⁹ Non troppo distante potrebbe apparire, qui, l'impostazione della dottrina economista, allorché il termine *utilità* rimanda a valutazioni legate al *ritorno economico*, se non fosse per lo stretto legame di strumentalità alla realizzazione dei diritti della persona e della personalità, non suscettibili di alcuna valutazione economica.

²⁰ Questa la sintesi proposta da A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit. p. 62.

²¹ Così P. OTRANTO, *Op. cit.*, p. 265, ma, ancor prima P. CHIRULLI, *I beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, cit.

²² Torna, ancora una volta, utile l'espressione di S. RODOTA', *Il terribile diritto*, cit., p. 464.

teri in uno Stato democratico debba essere quello di garantire l'imparzialità e l'inclusività dei processi e dei soggetti, nonché l'unitarietà del livello di tutela istituzionale di godimento dei diritti, a garanzia del principio di uguaglianza²³.

V'è chi nota, commentando le impostazioni della dottrina di scuola *benecomunista*, ove si propone, come si è detto, una prospettazione morale e solidaristica della funzione che il bene comune è chiamato ad assolvere, come esse pecchino, senz'altro rispetto alla prospettazione offerta dagli studi economici, nell'incoraggiare la gestione diretta e cooperativa dei beni comuni da parte della collettività e, comunque, di soggetti giuridici indipendenti dallo Stato e dalle imprese, inducendo ad una confusione tra beni comuni e beni ad accesso aperto, “in ragione di quella tensione al soddisfacimento dei diritti fondamentali che impone una loro disponibilità diffusa”; sicché “i beni comuni che, nella prospettiva degli economisti, erano intesi come risorse condivise” in quella giuridica divengono beni *universalisti*²⁴.

C. Or, al di là delle differenti tematiche oggetto del dibattito dottrinario sui *commons*, emergono nella letteratura alcuni tratti caratterizzanti indiscussi²⁵ che assumono rilievo nella prospettiva di uno studio sulla funzione amministrativa neutrale: anzitutto può evidenziarsi una generale tendenza dell'ordinamento -peraltro contestata soprattutto dai seguaci della teorica del benecomunismo, che aspirano ad un'amministrazione responsabile affidata a gruppi di cittadini volontari- ad affidare questi beni alla titolarità pubblica, che ne regola gli usi attraverso l'esercizio delle funzioni di regolazione e direzione pubblica dell'economia (basti pensare alle funzioni di polizia esercitate dall'amministrazione sui beni a fruizione collettiva); in secondo luogo, appare evidente che i beni considerati di interesse comune, perché aperti all'uso comune, subiscano un processo di individuazione e categorizzazione complesso, poiché oggetto di interesse da parte di molteplici fonti di diversa derivazione, in ragione della irriducibilità ad *unum* delle cose comuni²⁶, nonché della dimensione sovranazionale delle problematiche connesse alla fruizione.

È, infatti, proprio da queste ultime, cioè dall'analisi dei tipi di uso collettivo della *res* liberamente accessibile, del sovraconsumo dei beni di pubblica fruizione e dello sfruttamento indiscriminato delle risorse, che prende

²³ In questo senso A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit., p. 67 ss.

²⁴ La riflessione è di P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa*, cit., p. 266, ispirato dagli spunti critici di E. GRAZZINI, *Beni comuni e diritti di proprietà. Per una critica alla concezione giuridica*, in *Micromega online*, ottobre 2012. Sulla necessità di una gestione partecipata dei beni comuni, più diffusamente P. CHIRULLI, *I beni comuni*, cit.

²⁵ Ben sintetizzati da T. BONETTI, *I beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano*, in *www.aedon.it*, n. 1/2013.

²⁶ Così S. CASSESE, *Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2004, p. 657 ss., ripreso da T. BONETTI, *Op. cit.*,

le mosse la “tragedia dei beni comuni”²⁷ alla quale l’ordinamento giuridico pone rimedio, affidando all’amministrazione pubblica il compito di imporre le necessarie limitazioni all’accesso, attraverso la disciplina delle inclusioni ed esclusioni rispetto alla fruizione collettiva²⁸.

Sicché, come le reti private quanto all’appartenenza possono essere considerate beni a rilevanza pubblica poiché destinati all’uso comune (del mercato, aggiungono alcuni autori), quindi assoggettati ad un regime proprietario derogatorio rispetto al diritto comune, allo stesso modo, gli indirizzi IP, i protocolli e gli standard ed ogni strumento fondamentale per il funzionamento di internet, che sia soggettivamente pubblico o privato, sono passibili di assumere una natura diversa rispetto a quella impressa dal regime proprietario, in ragione di scelte istituzionali che assoggettino queste risorse a regimi positivi di restrizione dell’accesso e dell’uso.

Se, dunque, non possa ritenersi -quantomeno non concordemente- che gli strumenti più idonei per acquisire le conoscenze necessarie allo sviluppo delle potenzialità umane, della personalità e dell’identità personale, nonché al paritario esercizio sul mercato della libera intrapresa economica in regime di perfetta concorrenza, siano certamente catalogabili come *commons*, tanto da radicare con certezza nell’attività amministrativa un preciso dovere di garantirne un libero accesso a chiunque, può forse rivolgersi più utilmente l’attenzione al primo “prodotto finale”, alla finalità ultima che è tipica di questi strumenti e che si concretizza appunto nella conoscenza.

Quest’ultima, senz’altro considerata un bene comune in alcune prospettazioni della dottrina economista²⁹, viene talvolta considerata dai giuristi come un bene fondamentale, refrattario al modello proprietario³⁰, che impone

²⁷ L’espressione, com’è noto, risale a G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science* 1968, p. 1243 ss.

²⁸ Queste ultime, imposte mediante la regolazione dello Stato, trovano giustificazione nelle stesse previsioni del codice civile e del codice della navigazione che fondano il demanio pubblico (artt. 822 - 824 c.c.) sul criterio dell’appartenenza, caratterizzandolo, come si è già detto, con il godimento collettivo della *res*, delle utilità che da esso derivano, fino ad indurre l’interprete a creare un nesso inscindibile tra la fruizione dei beni e la capacità che essi hanno (*recte* che essa ha) di soddisfare gli interessi più basilari e meritevoli di riconoscimento e tutela.

²⁹ Nello stesso senso si esprime G. RESTA, *La conoscenza come bene comune*, in AA.VV., *Tempo di beni comuni*, Roma 2013.

³⁰ Sicché neanche il regime della proprietà intellettuale -oggetto, come ha rilevato la Consulta nella decisione del 6 aprile 1995, n. 108, di un ragionevole bilanciamento tra interessi contrapposti, finalizzato, “mediante l’incentivazione della produzione artistica, letteraria e scientifica, a favorire il pieno sviluppo della persona umana ed a promuovere lo sviluppo della cultura”- che il valore della conoscenza potrebbe incontrare allorché essa si apra alla fruizione pubblica, sarebbe in grado di porre un limite al dovere delle istituzioni pubbliche di garantire l’accesso a chiunque ed in ogni forma. Questa, ad esempio, l’impostazione di S. RODOTA’, *Il terribile diritto*, cit., p. 488,

all'amministrazione di garantire alla popolazione un accesso aperto alla rete; talaltra, si ritiene che per ragionare di conoscenza come bene comune sia necessario distinguere “i contenuti presenti nel pubblico dominio, che possono essere considerati beni pubblici, da quelli sottoposti a diversi regimi di privativa dalle norme a tutela della proprietà intellettuale”³¹.

Infine, coloro che aderiscono al c.d. movimento *open access* o *open content* promuovono forme di condivisione volontaria della conoscenza (dal *software open source* ai *creative commons*), quindi una gestione aperta e partecipata, affidata alla comunità degli utenti, attraverso la quale l'utilizzo del singolo non provocherebbe alcun depauperamento o esaurimento della risorsa ma, esattamente al contrario, comporterebbe un arricchimento dei contenuti nel processo di formazione *in progress* di una conoscenza collettiva³².

Su quest'ultima linea di pensiero sembrerebbero poggiare alcuni provvedimenti normativi comunitari e nazionali, diretti a promuovere la diffusione

ove si precisa che la diffusione della conoscenza in rete dovrebbe essere garantita attraverso l'imposizione di condizioni d'uso del bene che ne garantiscano la più ampia accessibilità e fruizione, essendo piuttosto “problematico, o improponibile, uno schema istituzionale di gestione che faccia capo ad una comunità di utenti”.

D'altronde nella deliberazione dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 680/13/Cons del 12 dicembre 2013, contenente il regolamento a tutela del diritto d'autore *online* che disciplina alcuni profili giuridici della pirateria digitale, si trovano norme volte alla promozione degli strumenti utili alla legittima diffusione di opere digitali ed altre volte all'accertamento e alla cessazione delle condotte illecite (art.2, comma 1); infatti, si legge nella norma di cui all'art. 2 che “l'autorità opera nel rispetto dei diritti e delle libertà di comunicazione, di manifestazione del pensiero, di cronaca, di commento, di critica e discussione, nonché delle eccezioni e delle limitazioni di cui alla legge sul diritto d'autore e tutela i diritti di libertà nell'uso dei mezzi di comunicazione elettronica, nonché il diritto di iniziativa economica e il suo esercizio in regime di concorrenza”.

Sulla tutela del diritto d'autore *online*, con particolare riferimento alla regolazione amministrativa nell'esperienza inglese, si veda P. CHIURULLI, *Tutela del diritto d'autore online e regolazione amministrativa nel Regno Unito*, in AIDA, *Annali italiani del diritto d'autore della cultura e dello spettacolo*, 2014, p. 23 ss., nonché, più in generale sulla prevenzione delle condotte illecite, Id., *Diritto amministrativo e prevenzione di condotte illecite: regole “moralizzatrici” o incertezza delle regole?*, in *Diritto amministrativo e criminalità*, Atti del XVIII Convegno di Copanello del 2013, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone e F. Saitta, Milano 2014, p. 161 ss.

³¹ Così P. OTRANTO, *Internet*, cit., p. 277; in termini M. TROVATO, *Internet*, cit., p. 198.

³² Processo tipico del c.d. metodo “wiki” che consente a chiunque di intervenire sui contenuti. In senso apertamente critico, cfr. A. GAMBARO, *Note in tema di beni comuni*, in *www.aedon.ilmulino.it*, n. 1/2013. Si vedano anche le riflessioni di F. MOROLLO, *Documento elettronico fra e-government e artificial intelligence (AI)*, in *www.federalismi.it*, n. 2/2015, in particolare sulle nuove forme di gestione aperta e ampia partecipazione.

delle informazioni scientifiche derivanti da ricerche condotte grazie a finanziamenti pubblici³³, nonché a disciplinare l'obbligo, per i soggetti pubblici preposti all'erogazione o alla gestione dei finanziamenti della ricerca scientifica, di adottare le misure necessarie per la promozione dell'*accesso aperto* ai risultati della ricerca finanziata anche soltanto in parte con fondi pubblici, quando essi siano documentati in articoli pubblicati su periodici a carattere scientifico³⁴. Il prodotto della ricerca, pubblicato in archivi elettronici istituzionali, può essere consultato in ogni modo e tempo da parte di chiunque, mediante l'accesso alla rete; esso, infatti, realizzato anche mediante l'uso di fondi pubblici (dunque, posto a carico di ciascun cittadino e proprio per questa ragione), diventa un patrimonio di conoscenza aperto alla fruizione gratuita e paritaria da parte di chiunque.

Si profila, insomma, nell'ordinamento giuridico -per quanto di interesse in questa limitata analisi, nell'ambito della ricerca sulla funzione amministrativa neutrale- un concetto singolare di conoscenza mediante la rete che ha un respiro di totale apertura, se pur limitatamente ai contenuti lecitamente diffusi (notizie, dati appartenenti al patrimonio informativo pubblico, commenti ed opinioni); d'altronde non potrebbe rientrare nella nozione di bene comune, qualsiasi tipo di contenuto *online*, non potendo dare al diritto alla conoscenza, quindi all'informazione un valore maggiore rispetto agli altri fondamentali valori, libertà e diritti fondamentali, riconosciuti e garantiti dalla nostra Carta fondamentale che dovrebbero soccombere di fronte al mito della conoscenza. Una simile operazione volta a determinare la priorità/poziorità di un diritto-valore fondamentale rispetto ad un altro non trova alcun fondamento nelle norme né nello spirito della Costituzione.

D. Tra i diritti fondamentali la cui realizzazione piena è affidata al bene comune, per tornare all'analisi del tema in premessa, sembra doversi annoverare il diritto all'informazione, inteso nell'accezione più inclusiva del termine, dell'informazione come *conoscenza*, in sé indispensabile allo sviluppo della personalità e della coscienza sociale degli individui; alla costruzione dell'identità personale, intesa -quest'ultima- come da tempo l'ha interpretata la Consulta³⁵, come diritto ad essere se stesso, con il relativo bagaglio di convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenzia, al tempo stesso qualificandolo, l'individuo. L'identità personale, insomma, costituisce

³³ Si fa riferimento alla comunicazione della Commissione "Verso un accesso migliore alle informazioni scientifiche: aumentare i benefici dell'investimento pubblico nella ricerca" COM(2012) 401, del 17 luglio 2012 nonché alla raccomandazione della Commissione "sull'accesso all'informazione scientifica e sulla sua conservazione" (2012/417/UE) del 17 luglio 2012.

³⁴ Si veda l'art. 4 del d.l. 8 agosto 2013, n. 91, (convertito con modifiche dalla legge 7 ottobre 2013, n. 112).

³⁵ In una risalente quanto insuperata pronuncia del 24 gennaio 1994, n. 13, resa su giudizio incidentale di costituzionalità.

un bene per se stessa, a prescindere -anzi proprio in forza di ciò- dal carattere e dalle peculiarità di ogni individuo: a ciascuno dev'essere riconosciuto il diritto alla protezione e allo sviluppo dell'individualità, indipendentemente dalla situazione sociale, economica o personale che lo caratterizzi.

Ebbene, sembra di poter ritenere che l'unica vera e propria preconditione rispetto alla costruzione dell'identità personale, dell'individualità, sia proprio la conoscenza: ciascun individuo deve essere messo, infatti, nella condizione di poter costruire la propria identità personale, attraverso un “accesso” -possibilmente rapido ed intuitivo- alle fonti dell'informazione, alla conoscenza, a tutto ciò che un individuo consapevole, un cittadino deve sapere, informandosi, ricercando e confrontandosi senza sosta.

Emerge in questo contesto normativo la *funzione di benessere* propria della Repubblica, funzione il cui esercizio è attribuito dalla Costituzione agli uffici dell'amministrazione, simultaneamente alla garanzia di una cittadinanza digitale neutrale ed emanando una Carta del cittadino digitale, nonché rigide regole di trasparenza e obblighi di pubblicazione e di “messa in rete” di documenti e atti di varia natura; infine imponendo l'erogazione di servizi -anche qui, di varia natura- online, secondo il criterio del *digital first*, quindi la garanzia dell'accesso gratuito ad ogni individuo³⁶.

³⁶ Significativa, in questa prospettiva, la “Dichiarazione dei diritti in Internet” elaborata da una Commissione di studio istituita presso la Camera dei Deputati su iniziativa del Presidente della Camera dei Deputati, Laura Boldrini, il 28 luglio 2014 e presieduta da Stefano Rodotà. La Commissione ha reso pubblica una bozza della Dichiarazione il 31 marzo 2015, affinché fosse sottoposta a consultazione pubblica fino al 31 maggio 2015, anche attraverso una piattaforma *online* (<http://camera.civici>). Dopo aver valutato quanto emerso dalla consultazione telematica e dalle opinioni espresse da coloro che sono stati auditi personalmente, è stata pubblicata la versione definitiva della Dichiarazione il 28 luglio 2015. Al *link* <http://www.camera.it/leg17/1179> è possibile scaricare il documento di lavoro che riporta tutte le proposte di modifica al testo elaborato dalla Commissione, nonché il testo definitivo della Dichiarazione, tradotto in quattro lingue (Francese, Inglese, Spagnolo, Tedesco). Alla dichiarazione, sono stati allegati anche due disegni di legge costituzionale, ormai decaduti: il primo (atto Senato n. 1317 - Sen. Lucidi e altri) proponeva una modifica dell'art. 21 Cost. aggiungendo, dopo il primo comma, un nuovo secondo comma, così formulato: «Tutti hanno il diritto di accedere liberamente alla rete internet. La Repubblica rimuove gli ostacoli di ordine economico e sociale al fine di rendere effettivo questo diritto. La legge promuove e favorisce le condizioni per lo sviluppo della tecnologia informatica»; il secondo (atto Senato n. 1561 - Sen. Campanella) suggeriva invece l'introduzione di un nuovo art. 34-bis dal seguente tenore: «Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete internet, in modo neutrale, in condizione di parità e con modalità tecnologicamente adeguate. La Repubblica promuove le condizioni che rendono effettivo l'accesso alla rete internet come luogo ove si svolge la personalità umana, si esercitano i diritti e si adempiono i doveri di solidarietà politica, economica e sociale». Il 28 settembre 2015 i Presidenti della Camera dei Deputati e dell'Assemblea nazionale francese hanno firmato a Parigi una dichiarazione congiunta in cui si

3. Il diritto all'informazione e i "nuovi diritti" (sociali) digitali

La dottrina prevalente appare impegnata sul versante esegetico delle norme di diritto positivo, al fine di elaborare, *de iure condito*, nuove o rinnovate categorie dommatiche all'interno delle quali offrire sicuro fondamento giuridico alla garanzia dei "nuovi diritti", che sorgono in conseguenza delle varie espressioni dell'evoluzione tecnologica, economica, sociale e civile; non mancano le proposte di riforma del codice civile anzitutto (artt. 810 e 822 - 838)³⁷.

Pur in presenza di alcune posizioni dottrinarie che hanno espresso un certo scetticismo relativamente alla possibilità che internet possa avere "capacità nomopoietiche tali da accreditare senz'altro la comparsa nell'ordinamento di un nuovo e...fondamentale diritto individuale"³⁸ di accesso alla rete internet,

afferma il concetto di internet come bene comune mondiale, si auspica che sia espressamente sancita al livello più elevato della legislazione la sua neutralità e si condividono molti dei principi espressi anche nella Dichiarazione dei diritti in internet, particolarmente quelli relativi all'autodeterminazione informativa, alla protezione dei dati personali e al diritto all'oblio.

³⁷ Si vedano le considerazioni offerte da G. CAMPUS, S. BIGOLARO, C. BENETAZZO, S. GOBBATO e B. BAREL, *Media civici e diritti audiovisivi: ruolo sociale, dimensione economica e forme di tutela*, in *www.giustamm.it*, n. 11/2016, i quali, poggiando sulla definizione offerta da H. Jenkins, *Confronting the challenges of participatory culture: media education for the 21st century*, MIT Press, Cambridge (Massachusetts) 2009 (su cui v. L. DE BIASE, *I media civici. Informazione di mutuo soccorso*, VITA/ Feltrinelli, 2013) di "media usati per promuovere e amplificare l'impegno civico", allargano l'indagine a settori "trasversalmente diversi" della società civile (oltre a quello delle telecomunicazioni, anche quelli dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, nonché tra cittadino e imprese; quello sportivo, cinematografico, dell'editoria, ecc.) e sviluppano le diverse prospettive di analisi del fenomeno, attorno ai concetti di trasparenza/comunicazione, da un lato, e diritti e libertà fondamentali, dall'altro. Si veda, inoltre B. CARAVITA DI TORITTO, *Un'occasione da non perdere: ripensare in senso oggettivo il servizio pubblico in senso oggettivo*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2016, il quale rileva come "Lo sviluppo di internet e delle connesse forme di espressione comunicazione (quali, social network, blog e forum) ha ... reso ancor più complicato il lavoro di bilanciamento di valori operato dal legislatore e dal giudice costituzionale, nell'intento di contemperare proprio la libertà di manifestazione del pensiero con gli altri diritti fondamentali.... Nel corso degli ultimi cinquant'anni, il legislatore ha cercato di formulare una disciplina capace di razionalizzare la gestione di mezzi comunicazione: è partito dall'organizzazione del sistema radiofonico, per poi passare a quello televisivo, fino ad arrivare a ipotizzare un assetto gestionale degli attuali ed innumerevoli canali di informazione 'a mezzo internet'".

³⁸ Cfr. P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. Caretti (a cura di), *L'informazione. Il percorso di una libertà*, Firenze 2012, p. 4 ss.

il giurista deve esercitare il suo compito: quello di costruire il fondamento costituzionale o, quantomeno, di individuare quello normativo, delle situazioni giuridiche “nuove” che l’evoluzione ed il progresso tecnologico fanno sorgere in capo a ciascun soggetto giuridico³⁹.

Si tratta, in questo caso - a parere di chi scrive -, di compiere un percorso ricostruttivo al fine di radicare il c.d. “nuovo diritto sociale” nelle norme costituzionali; questo tipo di diritto, infatti, sembra potersi individuare considerando i diversi aspetti dell’ordinamento tradizionalmente accolti anche in sede interpretativa⁴⁰.

³⁹ Secondo P. COSTANZO, *Op. ult. cit.*, p. 10, in questo caso, avendo “l’idea di accesso, costituzionalmente tutelato, a internet, di per se stesso e in se stesso considerato, ... fragili appigli nel tessuto normativo della Carta fondamentale”, la sua costruzione non potrebbe che rappresentare una “metafora felice di una serie di situazioni eterogenee e strumentali”, certamente di valore costituzionale, “idonee a significare la prosperità del connubio tra Costituzione e internet”.

Nella stessa direzione, M. BETZU, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali nel cyber-spazio*, in *Rivista AIC*, 4, 2012, p. 6 ritiene vi sia una forma di “sovra-interpretazione” delle norme, in quelle posizioni che, “non limitandosi a riconoscerne la natura di diritto fondato sulla legislazione primaria - come tale liberamente disciplinabile dal legislatore nella sua discrezionalità, salvo il limite rappresentato dal principio di ragionevolezza - ne predica la qualifica di diritto sociale di rango costituzionale”.

⁴⁰ La classificazione di diritti come “nuovi” ha un valore puramente descrittivo, finalizzato ad individuare quei diritti accomunati dalla caratteristica formale di non essere esplicitamente contemplati nel testo costituzionale, pur nella consapevolezza che ciò non incide sulla loro natura di diritti costituzionali fondamentali e che la novità riguarda solo la loro effettiva esplicitazione, senza che a ciò corrisponda una “creazione” in senso proprio. Ritiene D’ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in Id. (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, XX, Milano 2003, che i diritti di cui andiamo discorrendo non siano punto diritti “nuovi”, “fondati su incerti referenti valoriali ‘esterni’ al dato costituzionale, ma nuove formulazioni, nuove proiezioni ... di un materiale che è *sempre* e *pianamente* riconducibile alla Costituzione nel suo ‘volto’ positivo ed espresso».

Questa impostazione, peraltro, presuppone che si possa prescindere, in qualche misura, dall’annosa *querelle* circa la secca alternativa tra natura chiusa od aperta dell’art. 2 Cost. (si rinvia, per tutti, sulla prospettazione della natura aperta, ad A. BARBERA, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma 1975, 80 ss.; *contra*, per la natura chiusa dell’art. 2, cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003, 20 ss.).

In adesione ad altra autorevole dottrina, riteniamo si possa percorrere quella terza via che parte dall’interpretazione di tale disposizione come affermazione della libertà quale valore tutelato a prescindere da specifiche garanzie, per dedurre che essa non può essere circoscritta a determinate e particolari esplicazioni, sicché detto riconoscimento finisce per avere ad oggetto tutti i diritti enucleabili dal contesto della “Costituzione positiva”. Si tratta della prospettazione di F. MODUGNO, *I diritti del consu-*

Non sfugge la considerazione che tra diritti civili e diritti sociali non vi è una netta distinzione di tipo qualitativo, bensì meramente quantitativo, dal momento che ogni diritto presenta sia profili negativi che positivi⁴¹, potendosi unicamente ravvisare una prevalenza, in ciascuna situazione soggettiva, degli aspetti dell'uno o dell'altro tipo. Così come, del resto, un criterio discrezionale non può individuarsi nell'assunto di una presunta non onerosità dei diritti civili, dato che ogni diritto comporta costi, se non altro per la predisposizione

mature: una nuova «generazione» di diritti?, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli 2008, tomo III, 1384.

La garanzia dei diritti fondamentali, allora, in connessione con la pari dignità sociale ed il pieno sviluppo della persona umana, appare come lo strumento che consente di scardinare letture restrittive, ricostruendo attorno ad esso manifestazioni di libertà che il progresso fa emergere, non letteralmente riconducibili a specifiche previsioni ma pur sempre qualificabili quali nuovi aspetti di quelle esistenti. Sul punto si veda ampiamente F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, p. 8 ss.; nonché M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, vol. IV, p. 3163 ss., che segnala come tratto più interessante della giurisprudenza costituzionale proprio l'affermazione della dignità come fonte di nuovi diritti emergenti dall'evoluzione sociale.

Sicché, secondo alcuni autori, il dibattito sulla natura dell'art. 2 appare sempre più simile ad un luogo comune che porta ad impoverire le potenzialità del testo costituzionale, il quale offre invece quale parametro espansivo, appunto, il pieno sviluppo della persona. *Ex plurimis*, già C. MEZZANOTTE, *Intervento*, in *I diritti fondamentali oggi (Taormina, 30 novembre-1 dicembre 1990)*, Padova 1995, p. 144. La posizione è stata ripresa, tra gli altri, da C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli 2011, p. 14 ss., per il quale la pienezza dello sviluppo della persona umana è il parametro espansivo che costituisce un saldo fondamento per il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali dei soggetti deboli alla riduzione delle disegualianze.

Quanto al riconoscimento dei diritti fondamentali in ambito europeo, ritiene D.U. GALETTA, *La tutela dei diritti fondamentali (in generale, e dei diritti sociali in particolare) nel diritto UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 1184 ss. che esso sia stato da sempre garantito dalla giurisprudenza, anche prescindendo dalle finalità (economiche) della Comunità. Cfr. anche A. CIANCIO, *A margine della tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo, tra luci ed ombre*, in *federalismi.it*, 2012, n.21; C. PINELLI, *Le misure di contrasto alla crisi dell'eurozona e il loro impatto sul modello sociale europeo*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, n.1, p. 231 ss.

⁴¹ Per tutti, cfr. M. LUCIANI, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadini e pubblica Amministrazione*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1985, p. 71, che in realtà propone una distinzione più complessa tra diritti di difesa, diritti a prestazione, diritti di partecipazione e diritti di percepire un utile sociale, laddove ciascun diritto fondamentale possiede aspetti ora dell'uno ora dell'altro gruppo. Più di recente, cfr. L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.* 2013, p. 61 ss.

di istituti e rimedi volti a ripristinare lo *status quo* nell’ipotesi di una sua violazione⁴².

Si tratta, allora, di prendere in esame soltanto quelle situazioni soggettive nelle quali emerge preponderante una legittima pretesa ad una prestazione da parte di soggetti pubblici o privati, in funzione riequilibratrice di diseguaglianze e di rimozione di forme di esclusione in favore di determinati soggetti deboli, onde garantirne la pari dignità e la partecipazione attiva alla vita sociale.

A questo primo tipo di situazioni soggettive che rispondono alla più classica definizione di diritti sociali⁴³ sembra opportuno aggiungere anche quelle che emergono in relazione alla individuazione di beni ritenuti essenziali per la vita delle persone, con la previsione di un obbligo di intervento per lo Stato, finalizzato a porre tutti i consociati in condizione di fruirne in modo effettivo. In questa prospettiva, vengono in considerazione il diritto all’ambiente salubre e il diritto all’informazione, diritti tradizionalmente annoverati tra quelli c.d. di terza generazione.

In realtà, sembra condivisibile la riflessione di chi ritiene che la distinzione dei diritti in generazioni si presenti indubbiamente *vera* sotto il profilo cronologico, ma non introduca un *tertium genus* di situazioni giuridiche soggettive, dato che ogni diritto sembra comunque riconducibile alla dicotomia tra la pretesa di impedire limitazioni alla propria sfera di libertà e quella di ottenere determinate prestazioni⁴⁴. Ne consegue che possono essere annoverati tra i nuovi diritti sociali anche quei diritti di terza generazione in cui sia prevalente questo secondo aspetto⁴⁵.

⁴² Cfr. M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1971, p. 805 ss., secondo il quale è illusorio pensare che la tutela dei diritti di libertà non comporti un onere almeno organizzativo per lo Stato. L’argomento è ripreso, tra gli altri, da M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova 1995, p. 121 ss. e S. HOLMES - C. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, Bologna 2000, p. 45 ss.

⁴³ Tra coloro che hanno aderito a questa più restrittiva definizione, si veda, per tutti G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1981, p. 756 ss.

⁴⁴ In questo senso N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino 1990, XV. Per l’assenza di un valore, sul piano giuridico, della classificazione dei diritti in terza e quarta generazione cfr. anche A. PIZZORUSSO, *Le “generazioni” dei diritti nel costituzionalismo moderno*, in M. Campedelli- P. Carrozza- L. Pepino (a cura di), *Diritto di welfare*, Bologna 2010, spec. p. 68.

⁴⁵ Anche il Parlamento europeo si è frequentemente occupato di temi connessi alla libertà di espressione in Internet e alla sua *governance* con varie risoluzioni e raccomandazioni emanate nel corso degli anni (*ex multis*: risoluzione sulla libertà di espressione su internet, 6 luglio 2006 (P6_TA (2006)0324); raccomandazione destinata al Consiglio sul rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su internet, 23 marzo 2009 (P6_TA (2009)0194), nota come “raccomandazione Lambri-

Il concetto di nuovo diritto sociale appare certamente suggestivo, evocando immediatamente quella caratteristica tipica dei diritti costituzionali di essere al centro di un processo storico evolutivo, senza soluzione di continuità, che porta ad un costante aggiornamento e ad una perdurante ridefinizione del loro catalogo e del contenuto di ciascuno di essi. La natura mutevole della materia, infatti, fa sì che la incorporazione dei diritti non possa mai dirsi giunta ad un punto fermo, tanto che si assiste, negli ultimi anni in particolare, all'emersione costante di istanze nuove e diverse che richiedono un aggiornamento *in progress* del "catalogo" costituzionale.

Può, insomma, condividersi l'affermazione per la quale "nulla è ... completamente 'nuovo', ma ogni evoluzione assume le forme della rielaborazione, dell'approfondimento delle potenzialità espressive del dettato costituzionale"⁴⁶, laddove sono soprattutto quelle clausole generali in cui

nidis"; risoluzione "sull'internet degli oggetti", 15 giugno 2010 (P7_TA (2010)0207); risoluzione sulla *governance* di internet: le prossime tappe, 15 giugno 2010 (P7_TA (2010)0208); risoluzione sull'apertura e la neutralità della rete internet in Europa, 17 novembre 2011 (P7_TA (2011)0511); risoluzione sul rinnovo del mandato dell'IGF, 11 febbraio 2015 (P8_TA - PROV(2015)0033).

In particolare, nella risoluzione del 2006 il Parlamento europeo ha riaffermato che «l'accesso ad internet può rafforzare la democrazia e contribuire allo sviluppo economico e sociale di un Paese e che limitare tale accesso è incompatibile con il diritto alla libertà di espressione». Successivamente, nella "raccomandazione Lambrinidis" del 2009, adottata alla vigilia dell'approvazione del nuovo pacchetto normativo sulle telecomunicazioni, il Parlamento ha sottolineato il ruolo indispensabile di internet per promuovere iniziative democratiche, per incentivare il dibattito politico, per esercitare la libertà di espressione, per poter comunicare con altri individui in ogni parte del mondo favorendo così la comprensione fra culture e popoli diversi, per promuovere l'acquisizione di competenze informatiche e la diffusione della conoscenza attraverso l'ampliamento della gamma delle fonti di notizie a disposizione dei singoli, per sviluppare infine attività commerciali. Sulla base dell'atteggiamento espresso dalle organizzazioni internazionali che è stato sinteticamente descritto, si è ipotizzato che l'accesso a internet potrebbe essere configurato come diritto umano di terza o quarta generazione, senza il quale verrebbe ostacolato il godimento di altri diritti già considerati negli strumenti del diritto internazionale. Cfr. F. BORGIA, *Riflessioni sull'accesso a Internet come diritto umano*, in *La comunità internazionale*, n. 3/2010, p. 395 ss.; L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a internet tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Politica del diritto*, n. 2-3/2012, p. 263 ss.; R. PISA, *L'accesso ad internet: un nuovo diritto fondamentale?*, in *www.treccani.it* 2012. Da ultimo, M.A. ALLEGRI, *Riflessioni e ipotesi sulla costituzionalizzazione del diritto di accesso a internet (o al cibernazio?)*, in *Rivista AIC*, n. 1/2016.

⁴⁶ Cfr. A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in Id. (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano 2003. Del resto - evidenzia A. RUGGERI, «Nuovi diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione», in *Studi in onore di Manlio Maz-*

si esprime il principio personalista, quali il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2)⁴⁷, la pari dignità sociale (art. 3, comma 1) e soprattutto, nel campo dei diritti sociali, il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, comma 2) a rendere possibile (e doverosa) la continua e progressiva ricerca di nuove ragioni di riconoscimento e tutela emergenti nella società.

Sono, insomma, queste categorie concettuali che rendono dinamica la struttura e la funzione di garanzia e promozione della persona, propria dei diritti fondamentali.

ziotti di Celso, Padova 1995, vol. II, p. 629 - altro è individuare nuovi diritti, altro è riconoscere nuovi principi fondamentali, solo quest'ultima attività essendo riservata al potere costituente.

⁴⁷ *"La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale."*

La norma di cui all'art. 2 della nostra Carta fondamentale pone a fondamento della Costituzione stessa i principi personalistico, pluralistico e solidaristico, tutti principi fondamentali dell'ordinamento repubblicano e specificazione del principio democratico. Il significato più profondo del principio personalista può racchiudersi nel pensiero propugnato anzitutto da Costantino Mortati per il quale non è l'uomo in funzione dello Stato, bensì quest'ultimo vive ed agisce in funzione dell'uomo (Cfr. almeno C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale* (1939), Milano 1998, ristampa inalterata con Prefazione di G. Zagrebelsky.); i diritti inviolabili non sono creati dallo Stato, ma sono radicati nella coscienza sociale e lo Stato assume l'impegno di assicurarne il rispetto, senza farli mai venir meno.

Sicché la Repubblica riconosce a tutti i diritti inviolabili delle persone, poiché essi non vengono concessi dallo Stato, essendo piuttosto "originari", connaturati all'essere umano, quindi preesistenti a qualsiasi legge elaborata dall'uomo: l'ordinamento giuridico ha il compito di tutelarli, garantendone il rispetto e la protezione dalle violazioni provenienti dai soggetti privati e pubblici, attraverso le norme di relazione.

Per dare maggior forza e concretezza ai principi fondanti dell'ordinamento democratico, il costituente ha posto un obbligo per il legislatore di dar vita alle condizioni necessarie per conferire effettività al principio personalista e per assicurare a tutti una reale partecipazione alla vita politica, economica e sociale del Paese.

Quanto al principio pluralista, com'è noto, esso eleva le formazioni sociali necessarie e volontarie a soggetti di diritto costituzionale ai quali è riconosciuta la titolarità delle situazioni di libertà e doverosità: destinatarie delle disposizioni di cui all'art. 2 Cost. sono le formazioni esponenziali di interessi collettivi che trovano riferimento nel testo costituzionale, siano esse necessarie (come la famiglia che si identifica in una formazione sociale primaria) o volontarie (come la scuola, le confessioni religiose, le minoranze linguistiche, ecc.), oppure necessitate (come i partiti politici e i sindacati). Lo scenario delle formazioni sociali si è via via allargato con la valorizzazione delle diverse forme di aggregazione sociale, nelle quali vengono inclusi, ad esempio, gli enti territoriali, le loro riunioni e le altre formazioni che non trovano riscontro specifico nel testo costituzionale.

Del resto, si assiste ormai da tempo ad una vera e propria *moltiplicazione dei diritti*⁴⁸, dovuta ordinariamente all'ampliamento dei beni della vita che i pubblici poteri hanno ritenuto doveroso garantire: conseguentemente, sono state disciplinate specifiche tutele delle situazioni giuridiche soggettive connesse a questo ampliamento: il fenomeno ha riguardato eminentemente i diritti sociali, in modo proporzionale alla rapidità e profondità dei cambiamenti sociali⁴⁹.

Ed anche nella giurisprudenza costante della Corte costituzionale si è ritenuto che l'art. 2 Cost. contenga un elenco aperto, passibile di includere diritti inviolabili non esplicitamente riconducibili ad altre norme costituzionali: si tratta di quei diritti inerenti ai valori della "persona umana", diritti che si esprimono nella libertà di manifestazione del pensiero, in quella religiosa, nei diritti di famiglia, nel diritto alla riparazione degli errori giudiziari, nel diritto all'informazione, in quello di poter sviluppare ed esprimere le proprie potenzialità e le proprie convinzioni, quello di partecipare consapevolmente alla vita della Repubblica, adempiendo ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale⁵⁰.

⁴⁸ Nuovi diritti possono oggi emergere, grazie all'assetto multilivello che la tutela dei diritti ha assunto, anche in forza di clausole espansive che traggono la propria origine dal diritto internazionale o comunitario. Esistono, cioè, diritti sociali nuovi, in quanto non codificati nel testo costituzionale, che entrano nell'ordinamento in forza dell'apertura della Carta costituzionale alle norme di diritto internazionale e comunitario, rafforzando l'emersione di nuove dimensioni del pieno sviluppo della persona e della pari dignità.

⁴⁹ Sul punto, ampiamente, N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 67 p. ss. Per una rassegna della giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali "nuovi", cfr. S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in www.gruppodipisa.it, n. 8/2012; S. GAMBINO, *Effettività dei diritti (sociali ma non solo) e governance europea*, in www.diritticomparati.it, n. 6/2016; Id. (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015.

⁵⁰ Durante i lavori dell'Assemblea costituente la discussione della norma di cui all'art. 2 Cost. si concentrò su come definire i diritti dell'uomo. Tra gli aggettivi proposti ("fondamentali", "incancellabili", "essenziali", "eterni", "sacri", "originari", "imprescrittibili", "insopprimibili", "irrinunciabili", "naturali", "inviolabili"), la scelta ricadde sul termine inviolabili poiché era foriero di un significato non soltanto giuridico, ma anche storico e filosofico: l'espressione "diritti inviolabili" racchiudeva sia quei diritti espressamente indicati dalla Carta fondamentale, sia quelli naturali e preesistenti alla formazione dello Stato (il diritto di vivere, di parlare, di procreare, ecc.). Per di più, si ritenne opportuno inserire un esplicito richiamo ai doveri inderogabili (anche qui, quelli espressi e quelli naturali) al fine di imporre il rispetto di quei diritti a ciascun individuo, sicché fosse assicurata una convivenza civile.

Sin dalla sentenza della Corte costituzionale (167/1999), nella quale si afferma che il principio personalista di cui all'art. 2 Cost. «pone come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana», si ritiene che il concetto di «inviolabilità» non riguardi solamente la protezione dei cittadini dalle illecite

4. Il diritto di accedere alla conoscenza tramite internet: profili di diritto europeo

A. Il diritto all'informazione mediante la rete delle reti è un nuovo diritto, che, pur essendo innegabilmente connesso all'art. 3, comma 2, Cost., per la sua strumentalità rispetto alla rimozione di ostacoli ad una partecipazione attiva alla vita politica e sociale, può dirsi, tuttavia, connotato dal carattere universalistico.

Neanche il tradizionale diritto all'informazione, com'è noto, è espressamente previsto dalla Carta fondamentale, sicché, come è avvenuto per il diritto all'ambiente, la ricostruzione di una sua sicura base costituzionale ha subito un lungo processo evolutivo che ha preso le mosse dalla sua qualificazione come un mero interesse generale⁵¹.

In questo senso, del resto, deponeva la giurisprudenza della Consulta che in una delle prime decisioni in materia (sent. 105 del 1972), trattando del profilo passivo della libertà di informare, individuava un «*interesse generale*, anch'esso indirettamente protetto dall'articolo 21, all'informazione”; la garanzia di quest'ultimo, prosegue la Consulta, in un regime di libera democrazia, implica l'offerta di una “pluralità di fonti di informazione, del libero accesso alle medesime e l'assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee»⁵².

intromissioni delle autorità nella loro sfera privata, ma costituisce un invito effettivo affinché le istituzioni si adoperino per soddisfare le esigenze primarie dei singoli individui. Escluso il rinvio al diritto naturale, la dottrina ritiene che la disposizione debba essere intesa come una clausola aperta ad altre libertà e ad altri valori che possono emergere dalla coscienza sociale e dalla evoluzione della società civile. Abbiamo già incontrato la dottrina costituzionalistica sull'art. 2 Cost. come clausola aperta.

⁵¹ Per limitarci ai contributi che hanno inaugurato la stagione della libertà d'informazione come diritto fondante della Carta costituzionale e dello stesso principio democratico dell'ordinamento giuridico, cfr. A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Napoli 1969; e N. LIPARI, *Libertà di informare o diritto ad essere informati?*, in *Dir. rad. tel.* 1978, p. 1 ss. Successivamente, *ex plurimis* e con varietà di posizioni, a C. CHIOLA, *L'informazione nella Costituzione*, Padova 1973, p. 24 ss.; L. PALADIN, *Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in Id. (a cura di), *La libertà di informazione*, Torino 1979, p. 22 ss.; e ancora, P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino 1993, Vol. VIII, p. 340 ss.; A. PACE - M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del pensiero*, in G. BRANCA - A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma-Bari 2006, p. 345 ss., i quali sposano una concezione funzionalista del diritto in parola rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero, configurando il profilo passivo in termini di diritto strumentale al godimento di essa.

⁵² La pronuncia enuclea, *in nuce*, il contenuto di quello che, nell'evoluzione successiva, si affermerà come un vero e proprio diritto soggettivo all'informazione. Ancor più nettamente, poi, la pronuncia 1/81, a fronte di ordinanze che profilavano l'esi-

Già in quegli anni la garanzia del pluralismo era la ragione giustificatrice del monopolio pubblico laddove (e fintanto che) la tecnica prima, e l'assetto giuridico del settore poi, non avessero consentito il pluralismo esterno dato dalla molteplicità degli operatori della comunicazione⁵³.

Soltanto nel 1987 la Corte costituzionale ha riconosciuto espressamente il diritto all'informazione, ritenendo⁵⁴ che alla Repubblica fosse affidato il compito di garantirlo, attraverso la promozione dello sviluppo sociale e culturale della collettività, fissando, per questa via, la ragione fondamentale per giustificare il monopolio pubblico⁵⁵. Poco tempo dopo, la Consulta, tornando sul diritto all'informazione, ha rilevato l'esistenza di uno stretto collegamento tra la libertà di informazione -incluso il profilo passivo del diritto ad essere informati- e la forma di Stato democratico, "condizione preliminare (o, se vogliamo, presupposto insopprimibile) per l'attuazione ad ogni livello, centrale o locale" del diritto all'informazione⁵⁶; un vero e proprio diritto fondamentale

stenza del diritto costituzionale all'informazione, qualificava quest'ultimo in termini di «un comune interesse», derivandone l'esclusione di una sua prevalenza (piuttosto una tendenziale recessività) nei giudizi di bilanciamento, nella fattispecie rispetto all'interesse della giustizia.

⁵³ Cfr. le sentt. 59 del 1960, 58 del 1965 e 225 del 1974; sulla radiodiffusione in termini di «bisogno essenziale della collettività», cfr. le sentt. 226 del 1974, 202 del 1976 e 148 del 1981.

⁵⁴ Contrariamente a quanto sostenuto da A. PACE - M. MANETTI, *Art. 21, cit.*, i quali ritengono che il giusto riconoscimento del diritto all'informazione non implichi "nulla di più sotto il profilo specificamente giuridico". *Contra* Corte Cost. 13 maggio 1987, n. 153.

⁵⁵ Nella giurisprudenza successiva, l'esistenza di una situazione soggettiva all'informazione va consolidandosi sempre più, fino alla decisione n. 826 del 1988 ove, vincendo definitivamente la iniziale reticenza a configurare più di un semplice interesse generale, si ricava dalla lettura dell'art. 21 Cost. l'esistenza di un diritto all'informazione, che costituisce il profilo passivo della libertà di manifestazione del pensiero. Nella decisione della Corte, peraltro, viene applicato il criterio del bilanciamento di questa libertà con altre esigenze corrispondenti ad altrettante libertà garantite dalla Carta costituzionale, quali la libertà dell'impresa radiotelevisiva e lo stesso profilo attivo della libertà di manifestazione del pensiero, che impediscono di ipotizzare soluzioni autoritative di pluralismo interno, elemento imprescindibile e ragion d'essere del monopolio pubblico.

Sicché, dalla valutazione effettuata sul contenuto essenziale del diritto all'informazione in relazione all'emittenza privata, la Corte suggerisce la funzione di garanzia della Repubblica verso la collettività: quella del pluralismo esterno, inteso sia come possibilità di ingresso nel settore del maggior numero di voci, ad evitare che la libertà di espressione diventi prerogativa di pochi, sia come concreta possibilità di scelta per i cittadini tra una molteplicità di fonti informative.

⁵⁶ Cfr. la decisione n. 348 del 1990, ove la Corte, occupandosi del riparto di competenze *ex art.* 117 Cost., "corregge" l'impostazione del precedente giurisprudenziale del 1977, inaugurando un nuovo corso che lascia uno spazio regolativo alle regioni.

ex art. 2 Cost., di carattere assoluto⁵⁷ che impone, secondo la lettura che della norma costituzionale offre il giudice delle leggi, un preciso imperativo costituzionale che si traduce nell'esigenza di assicurare il pluralismo delle fonti, l'obiettività e l'imparzialità dei dati, la correttezza e completezza delle informazioni ed il rispetto della dignità umana, tanto che il diritto all'informazione può configurarsi come un limite alla libertà di iniziativa economica delle imprese operanti nel settore⁵⁸.

B. Insomma, nella giurisprudenza costituzionale, a partire dagli anni Novanta è stata inequivocabilmente riconosciuta la natura costituzionale del diritto all'informazione, fondato sull'art. 21 Cost., ma anche - potrebbe aggiungersi sulla scorta delle considerazioni della Consulta sulla sua strumentalità rispetto all'effettivo godimento della libertà di manifestazione del pensiero e per la partecipazione alla vita democratica - sull'art. 3, comma 2, Cost.⁵⁹.

Infatti, se nella pronuncia più risalente proprio l'attinenza dell'informazione alla libertà di manifestazione del pensiero aveva giustificato la riserva statale della materia, qui è sulla stessa libertà e sulla sua stretta attinenza alla forma di Stato, che la Corte fonda il coinvolgimento di tutti gli enti che compongono la Repubblica nella garanzia del pluralismo informativo. Cfr. R. ZACCARIA, *L'informazione come «finalità» anche di interesse regionale, la stampa e la radiotelevisione come «materie» di competenza statale*, in *Le Regioni* 1991, p. 1348 ss. Nello stesso senso si vedano, tra le altre, le successive sent. 29 del 1996 e, *a fortiori* dopo la riforma del Titolo V, la n. 324 del 2003, che ammette la legge regionale tra le fonti idonee ad assolvere la riserva di legge in tema di garanzia del diritto all'informazione.

⁵⁷ Cfr. la sentenza n. 112 del 1993.

⁵⁸ Un ulteriore passaggio fondamentale in tema di costruzione del diritto all'informazione in Costituzione, è offerto dalla decisione n. 420 del 1994 (i cui contenuti sono stati ampiamente ripresi nella sentenza n. 466 del 2002) ove la Consulta (ri) afferma con vigore l'esistenza di un vero e proprio diritto all'informazione garantito dall'art. 21 Cost., che “implica indefettibilmente il pluralismo delle fonti”, sicché, se la garanzia del pluralismo esterno nell'emittenza privata viene ritenuta un “ineludibile imperativo costituzionale”, di fronte al quale l'interesse dell'impresa radiotelevisiva a raggiungere dimensioni ottimali viene ritenuto recessivo nel bilanciamento con la necessità di consentire l'accesso al maggior numero di voci possibile, al contempo per l'emittenza pubblica si conferma la necessità di un pluralismo interno.

Il diritto all'informazione configurato dalla Consulta, non è limitato al sistema radiotelevisivo, ma si estende almeno all'intero ambito dell'informazione nelle pronunce, invero risalenti, sulla legittimità costituzionale della normativa sull'ordine dei giornalisti; legittimità che la Corte riconduceva alla garanzia dell'interesse generale all'informazione, benché l'esistenza dell'ordine non sia stata ritenuta essenziale a tal fine (cfr. la sent. n.38 del 1997 che ha ammesso il referendum abrogativo della legge istitutiva dell'ordine dei giornalisti).

⁵⁹ Così già F. TAMASSIA, *Informazione e partecipazione* e F. ROSITI, *Dai poteri ai doveri*, entrambi in J. Jacobelli (a cura di), *Verso il diritto all'informazione*, Roma-Bari 1991, rispettivamente p. 155 ss. e 184 ss. In particolare il primo a.

Proprio il legame con il principio di eguaglianza sostanziale consente di qualificare il diritto all'informazione come diritto sociale⁶⁰; quanto al suo contenuto, sebbene possa risultare meno definito di quanto non sia la sua stessa esistenza, il diritto all'informazione manifesta un carattere pretensivo nei confronti del regolatore pubblico e dei soggetti della comunicazione, alla garanzia di essere messo in condizioni di ricevere una informazione completa e corretta nonché a poter accedere a quante più distinte fonti di informazione sia possibile, attraverso la garanzia di un pluralismo interno ed esterno.

L'art. 21 della Costituzione, insomma, nell'interpretazione del giudice delle leggi, mostra una straordinaria vitalità ed elasticità, finendo per fornire copertura costituzionale a tutte quelle forme di diffusione dell'informazione professionale diretta al pubblico, che concorrono a render possibile «il libero confronto di idee, nel quale la democrazia affonda le sue radici e (...) la formazione di un'opinione pubblica avvertita e consapevole»⁶¹.

ritiene il principio di eguaglianza sostanziale già sufficiente *ex se* ad dare fondamento al diritto all'informazione. Ancora oltre si indirizza la tesi di A. LOIODICE, *Il diritto all'informazione: segni ed evoluzione*, in M. Ainis (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino 2005, p. 36, il quale ritiene che, in realtà, questo diritto si desuma, oltre che dalle citate disposizioni costituzionali, anche dall'intero sistema, ed in particolare da ogni libertà che implica una scelta. Cfr. inoltre, P.F. GROSSI, *Diritti fondamentali e Diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova 2005; S. MANGIAMELLI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dottrina europea della tutela dei diritti fondamentali*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Milano 2006; A. RUGGERI, *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, giugno 2008.

⁶⁰ In questi termini, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, p. 235, che ne rileva la natura, al contempo, di diritto soggettivo e di interesse diffuso sulla falsariga del diritto alla salute e all'ambiente; nonché F. SCIANO', *Un diritto sociale*, in J. Jacobelli (a cura di), *Verso il diritto*, cit., 171. Più di recente, cfr. F. MODUGNO, *I "nuovi diritti"*, cit., p. 76 ss. e R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova 2007, p. 67 ss.; A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari 2012; M.C. D'ARIENZO, *I nuovi scenari della tutela della privacy nell'era della digitalizzazione alla luce delle recenti pronunce sul diritto all'oblio*, in www.federalismi.it - Focus n. 2/2015.

⁶¹ Le sezioni unite della Cassazione penale, chiamate a decidere sulla legittimità del sequestro preventivo mediante "oscuramento" della pagina telematica presente nel sito *web* di un quotidiano ove era stato pubblicato un articolo avente contenuto asseritamente diffamatorio e lesivo dell'onore di un magistrato, si sono occupate del rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero, libertà di stampa e diritto all'onore. Cfr. Cass. pen., ss.uu., 17 luglio 2015, n. 31022. La decisione ha trovato ampia conferma da parte delle ss.uu. della Corte di cassazione nella

La crescente esigenza della garanzia di sviluppo dell’identità personale, che, come si è già rilevato, si forma sempre più attraverso la rete *web* e in essa si diffonde, interroga l’interprete anche sul ruolo che l’amministrazione è chiamata a svolgere per garantire che i dati degli utenti siano raccolti e trat-

sentenza del 18 novembre 2016, n. 23469, ove le sezioni unite hanno enunciato il seguente principio di diritto: «La tutela costituzionale assicurata dal terzo comma dell’art. 21 Cost. alla stampa si applica al giornale o al periodico pubblicato, in via esclusiva o meno, con mezzo telematico, quando possieda i medesimi tratti caratterizzanti del giornale o periodico tradizionale su supporto cartaceo e quindi sia caratterizzato da una testata, diffuso o aggiornato con regolarità, organizzato in una struttura con un direttore responsabile, una redazione ed un editore registrato presso il registro degli operatori della comunicazione, finalizzata all’attività professionale di informazione diretta al pubblico, cioè di raccolta, commento e divulgazione di notizie di attualità e di informazioni da parte di soggetti professionalmente qualificati. Pertanto, nel caso in cui sia dedotto il contenuto diffamatorio di notizie ivi pubblicate, il giornale pubblicato, in via esclusiva o meno, con mezzo telematico non può essere oggetto, in tutto o in parte, di provvedimento cautelare preventivo o inibitorio, di contenuto equivalente al sequestro o che ne impedisca o limiti la diffusione, ferma restando la tutela eventualmente concorrente prevista in tema di protezione dei dati personali».

La Cassazione, aderendo ad un orientamento consolidato, ha affermato, in via di principio, la legittimità del sequestro preventivo *ex art. 321 c.p.p.* «di un sito *web* o di una singola pagina telematica, anche imponendo al fornitore dei relativi servizi di attivarsi per rendere inaccessibile il sito o la specifica risorsa telematica incriminata»; tuttavia, ha ritenuto di dover approfondire e meglio specificare tale affermazione di principio -con particolare riguardo alle modalità utilizzate *on line* per diffondere il contenuto diffamatorio- giungendo a negarne l’applicabilità nel caso in cui la comunicazione avvenga attraverso la pagina *web* di una testata giornalistica.

Così, alla luce di un’interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata del termine “stampa”, le sezioni unite hanno affermato, pur come mero *obiter dictum*, la legittimità del sequestro preventivo di *forum*, *blog*, *social network*, *newsletter*, ma non dei giornali telematici, ai quali si estendono le garanzie apprestate dalla disciplina costituzionale, così come integrata dalla legislazione ordinaria, in materia di sequestro preventivo della stampa: “È necessario... discostarsi dall’esegesi letterale del dettato normativo e privilegiare una interpretazione estensiva dello stesso, sì da attribuire al termine ‘stampa’ un significato evolutivo, che sia coerente col progresso tecnologico e, nel contempo, non risulti comunque estraneo all’ordinamento positivo, considerato nel suo complesso e nell’assetto progressivamente raggiunto nel tempo. L’interpretazione estensiva, se coerente con la *mens legis* - nel senso che ne rispetta lo scopo oggettivamente inteso, senza porsi in conflitto con il sistema giuridico che regola il settore d’interesse - consente di discostarsi dalle definizioni legali, le quali sono semplici generalizzazioni destinate ad agevolare l’applicazione della legge in un determinato momento storico, e di accreditare al dato normativo un senso e una portata corrispondenti alla coscienza giuridica e alle necessità sociali del momento attuale” (*ivi*, §17).

tati solo in base a un consenso informato, siano accessibili agli interessati e possano essere oggetto di cancellazione o rettifica per motivi legittimi⁶². D'al-

⁶² Oltre che alla generica tutela della *privacy*, si pensi al c.d. diritto all'oblio, garantito ormai per costante giurisprudenza interna e della Corte europea: cfr. Corte di giustizia UE, 13 maggio 2014, *Google Spain SL* causa C-131/12, commentata da T.E. FROSINI, *Diritto all'oblio e internet*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2014; F. PIZZETTI, *La decisione della Corte di giustizia sul caso Google Spain: più problemi che soluzioni*, *ivi*. F. GIULIMONDI, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea fra diritto all'oblio e damnatio memoriae*, in *www.foroeuropa.it* 2015.; R. SALVI, *Il diritto all'oblio in internet. Quis custodiet ipsos custodes? Dubbi sulla responsabilità affidata a Google di bilanciare gli interessi di pubblicazione della notizia e del diritto alla riservatezza altrui*, in *www.lexitalia.it*, n.6/2014. Cfr., inoltre F. Pizzetti (a cura di), *«Il prisma del diritto all'oblio». Il caso del diritto all'oblio*, Torino, 2013, p. 21-63; A. SALARELLI, *Diritto all'oblio e archivi online dei quotidiani*, in *www.JLIS.it*, vol. 5, n. 1/2014; L. CALIFANO, *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Napoli, 2016; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Torino, 2016.

La decisione della Corte di giustizia ha suscitato alcune perplessità, in particolare per quanto concerne le attività di cancellazione e gli altri obblighi che gravano su Google e sui social network. In particolare, è stato osservato che “in tal modo, si sarebbe finito con il riconoscere a tali soggetti una sorta di “ruolo para-costituzionale”, attribuendo loro il compito di effettuare difficili bilanciamenti tra il diritto all'informazione, da una parte, e diritto all'oblio, dall'altra; valutazioni più congeniali alle competenze di organi giurisdizionali o di autorità amministrative indipendenti”. Così O. POLLICINO, *Google rischia di «vestire» un ruolo para-costituzionale*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 maggio 2014, p. 45. Cfr., inoltre, A. MANTELERO, *Il futuro regolamento EU sui dati personali e la valenza “politica” del caso Google: ricordare e dimenticare nella digital economy*, in *Dir. inf. e dell'inf.*, 4-5/2014, p. 688 ss.

Si veda, per la giurisprudenza italiana, Cass., sez. III, 5 aprile 2012, n. 5525, chiamata a pronunciarsi su una fattispecie analoga, ha confermato il riconoscimento del diritto all'oblio ed ha sancito la revisione obbligatoria degli archivi internet ritenendo che “a salvaguardia dell'attuale identità sociale del soggetto” sia necessario “garantire al medesimo la contestualizzazione e l'aggiornamento della notizia di cronaca che lo riguarda, cioè il collegamento della notizia ad altre informazioni successivamente pubblicate, concernenti l'evoluzione della vicenda, che possano completare o financo radicalmente mutare il quadro evincentesi dalla notizia originaria, *a fortiori* se trattasi di fatti oggetto di vicenda giudiziaria, che costituisce anzi emblematico e paradigmatico esempio al riguardo”. Da ultimo cfr. Corte di cassazione, ss.uu., 18 novembre 2016, n. 23469, *cit*.

Il quadro di riferimento si è, altresì, arricchito nel tempo delle decisioni dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali che, proprio con riferimento ai casi in cui l'interessato lamentava la lesione della sua identità cagionata dal continuo reperimento sui motori di ricerca di notizie riferite a vicende trascorse e non più attuali, suscettibili di alterare l'immagine e la considerazione del soggetto da parte del cittadino-utente, ha puntualmente richiamato la disciplina applicabile al trattamento dei dati per finalità giornalistica, sottolineando che l'esplicazione dei diritti e delle

tro canto, è agevole constatare che, in modo del tutto speculare, di fronte ad una (nuova, in questa fattispecie) funzione di garanzia dei diritti dei cittadini affidata alla Repubblica, vi sia una precisa pretesa di questi ultimi, i quali, si ricordi, sono tenuti ad adempiere ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale⁶³.

libertà fondamentali da essa contemplate soggiacciono al rispetto dei principi e delle condizioni che rendono lecito il trattamento delle notizie oltre un certo tempo, adottando gli accorgimenti che si rendono necessari, “nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell’interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all’identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali” e al diritto all’oblio.

⁶³ La Corte costituzionale si è sempre attestata sull’orientamento in base al quale spetta al legislatore l’individuazione di tali doveri, nonché la fissazione dei modi e dei limiti all’adempimento.

S. GIACCHETTI, *Il possibile contributo del processo amministrativo alla lotta alla corruzione*, in www.lexitalia.it n.12/2015, nel proporre una revisione critica del modello tradizionale di “giustizia nell’amministrazione”, elaborato “non in senso statico, di pigra conformità al precedente modello di giustizia-legalità tipico di un sistema di giurisdizione soggettiva orientato alla prevalente tutela dell’interesse privato, ma in senso dinamico di giustizia - legalità etica in un sistema di giurisdizione oggettiva orientata - nel segno della solidarietà - alla prevalente tutela di interessi pubblici allora in forte evoluzione”, parte dall’analisi di tre gruppi di disposizioni costituzionali:

“a) il gruppo degli artt. 2 e 3, che delineano *la cornice* in cui va inserito il quadro del problema;

b) il gruppo degli artt. 24 e 105, che stabiliscono *l’assetto giuridico-formale* del riparto di giurisdizione tra il giudice amministrativo e gli altri ordini giurisdizionali;

c) ed infine il gruppo degli artt. 97 e 100, come successivamente specificati sia dalla legge sul procedimento amministrativo 7 agosto 1990 n. 241 sia dal decreto legislativo 14 marzo 2013 n. 33 sia dal vigente codice di procedura amministrativa, gruppo che concerne *l’assetto giuridico sostanziale* della funzione del processo amministrativo, e quindi comprende le disposizioni di maggior interesse”.

Quanto al primo gruppo di norme costituzionali l’A. osserva come esse fossero “fortemente orientate in senso sociale, inclusivo. In particolare: l’art. 2, che riconosce i *diritti inviolabili* dell’uomo ma con il contrappeso dei “*doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”; l’art.3, comma 2, che impone alla Repubblica di “*rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale*” che “*di fatto*” (e cioè in concreto, prescindendo dalla loro qualificazione giuridica) limitano “*la libertà e l’eguaglianza dei cittadini*””.

D’altronde non può dirsi diversamente di altre disposizioni costituzionali: l’art. 41, comma 2, che, nel riconoscerla e garantirla come libera, vieta all’iniziativa economica privata di “*svolgersi in contrasto con l’utilità sociale*”; l’art. 42, comma 2, che reca il principio della “*funzione sociale della proprietà*”; l’art. 44 che affida alla legge il compito di imporre vincoli alla proprietà terriera privata, al fine precipuo di conseguire il razionale sfruttamento del suolo, fissando i limiti alla sua estensione, promuovendo ed imponendo la bonifica delle terre, la trasformazione del latifondo e la ricostruzione delle unità produttive; nonché il compito di aiutare la piccola e la me-

Questa pretesa trova la sua massima espressione nella cornice disegnata dalle norme di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione che connotano il nostro sistema costituzionale, fondandolo sul principio di solidarietà che implica la *collaborazione* di tutti nell'interesse comune della Repubblica; da qui, discende anche un principio generale di leale cooperazione non soltanto nei rapporti tra cittadini ma anche nei rapporti tra cittadini e istituzioni, quindi anzitutto nel rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione.

D'altronde, dalla lettura della norma di cui all'art. 1 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33⁶⁴, si ricava agevolmente come questo rapporto venga caratterizzato non dalla cooperazione, bensì addirittura dall'asservimento della pubblica amministrazione ai cittadini: colà si prevede, infatti, che l'amministrazione debba essere "*al servizio del cittadino*" e si accorda e riconosce a quest'ultimo, anche in virtù di chiari obblighi derivanti dalla normativa comunitaria, il "*diritto ad una buona amministrazione*"⁶⁵ che spicca tra i diritti

dia proprietà"; l'art. 97, comma 2, che prescrive "*il buon andamento e l'imparzialità*" della pubblica amministrazione; ecc."

Sicché la Costituzione ha sempre offerto "tutti gli elementi perché potesse essere elaborato un concetto di giustizia nell'amministrazione". Eppure, continua l'a., "sia in dottrina che in giurisprudenza prevalse la resistenza opposta da coloro che temevano le conseguenze di un cambiamento radicale, anche per la comprensibile difficoltà di dovere ammettere di aver vissuto per decenni nell'errore e magari di averlo anche insegnato; difficoltà che veniva superata sia col collaudato metodo del mutuo incensamento, col quale i sostenitori della tradizione si sorreggevano e si giustificavano a vicenda, sia con la tacita connivenza di una politica che in realtà aveva tutto da perdere da un effettivo buon andamento di una pubblica amministrazione senza "*il volto demoniaco del potere*" (Ermanno REA, *La fabbrica dell'obbedienza*, Feltrinelli, 2011)".

⁶⁴ Come modificato dal d.lgs 25 maggio 2016, n. 97, contenente disposizioni in ordine alla "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", in GU n. 132 del 8 giugno 2016.

⁶⁵ Si tratta della rubrica dell'art. 1 della CEDU. Né si ritiene di poter pienamente condividere la posizione di chi sostiene che, allorché ci si scontri con la realtà oggettiva, ci si avvede immediatamente che "gli attuali normali (cattivi) rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione nonché recenti vicende giudiziarie" compromettano pregiudizialmente la concreta possibilità che le previsioni legislative trovino attuazione, se non nella *polis* perfetta immaginata nella Città del sole di Tommaso Campanella; "nella Città della terra restano tuttora confinate nei bassifondi dell'Isola che non c'è". Cfr. S. GIACCHETTI, *Il possibile contributo del processo amministrativo alla lotta alla corruzione*, cit. Si veda, M. RAVERAIRA, *L'ordinamento dell'Unione europea, le identità costituzionali nazionali e i diritti fondamentali. Quale tutela dei diritti sociali dopo il Trattato di Lisbona ?*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 2/2011; S. GAMBINO, *Ambiti e limiti della tutela multilivello dei diritti fondamentali in alcuni recenti indirizzi della Corte di giustizia europea*, in *La cittadinanza euro-*

riconosciuti e garantiti ai cittadini europei dal Trattato di Lisbona insieme, in particolare, ai diritti dei cittadini nei confronti dell’azione amministrativa, anche in virtù della riforma del primo paragrafo dell’art. 6 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea⁶⁶. Tuttavia, con l’avvertenza -di sapore conservativo, nella specie per contenere l’aumento costante nel tempo della forza preponderante riconosciuta alle istituzioni dell’Unione nei confronti degli Stati membri-, che la Carta reca principi e parametri di grande rilievo, ma, ad un tempo, che le sue disposizioni “non estendono *in alcun modo* le competenze dell’UE definite nei Trattati”.

Nella Carta viene riconosciuto il diritto dei cittadini europei ad una buona amministrazione⁶⁷ e, più specificamente, all’imparzialità, alla ragionevolezza dei termini del procedimento, al “preavviso di rigetto” e al “diritto d’essere ascoltati”, che è più ancora del principio del contraddittorio, nonché il diritto di accesso e quello alla motivazione del provvedimento (art. 41, della Carta richiamato nel TUE)⁶⁸.

pea, 1/2015; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *rivistaaic.it*, 4/2013; A. SPATARO, *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell’Europa*, in B. Caruso e G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, 2015.

⁶⁶ La norma implica l’acquisizione all’ordinamento giuridico comunitario di tutte le disposizioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell’Ue (o Carta di Nizza) alle quali viene conferito *lo stesso valore giuridico dei trattati*.

⁶⁷ Anche nell’ordinamento comunitario il diritto alla buona amministrazione nasce come svolgimento del principio di legalità, con particolare riferimento ai criteri dell’efficacia e dell’efficienza espressi attraverso il riferimento alla tempestività dell’azione amministrativa e alla capacità funzionale dell’amministrazione. Osserva infatti M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano 2008, p. 496, che la giurisprudenza comunitaria più risalente “non usava richiamare esclusivamente la buona amministrazione per affermare l’illegittimità di certi atti, preferendo accompagnare la conclusione al principio del legittimo affidamento o ad altri principi di più chiara configurazione”: il diritto alla buona amministrazione viene affermato per la prima volta dalla giurisprudenza comunitaria, alla stregua di un principio generale dell’ordinamento comunitario, con particolare riferimento alle disfunzioni delle istituzioni comunitarie allorché esse siano dotate di poteri discrezionali, con la sentenza della Corte di giustizia 21 novembre 1991, causa C-269/09, *Technische Universität München*. Cfr. E. MALEFATTI, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino 2015.

⁶⁸ Inoltre si conferma espressamente il diritto al risarcimento del danno cagionato dall’amministrazione nell’esercizio delle sue funzioni “conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri” (art. 41, 3° co.). In sostanza può dirsi che l’ordinamento comunitario sia ormai pervaso da norme tese a garantire un’amministrazione più efficiente e rispettosa dei diritti dei cittadini europei. Ad esempio, nel Titolo VI della Carta dedicato alla giustizia, si riconosce espressamente il diritto “ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale” (art.47) tralattivamente ricondotto dalla (cugina) Corte di Strasburgo al principio per cui “*the domestic reme-*

C. Come si è già rilevato, sulla emersione nella società civile di nuove istanze di tutela, lo sviluppo tecnologico ha sempre avuto un'influenza assai rilevante e, in particolare, l'incidenza della disciplina di internet sulle libertà fondamentali -la libertà d'informazione in primo luogo- prima ancora che sui rapporti politici ed economici, è immediatamente percepibile. Sul diritto di accesso ad internet, alcuni studi⁶⁹ hanno focalizzato l'attenzione argomentando per l'esistenza di un vero e proprio diritto a prestazioni pubbliche, garantite a tutti, tali da assicurare, anche a chi è privo di mezzi -quindi, ove occorra, attraverso interventi di natura economica-, un'adeguata alfabetizzazione informatica e l'accesso alla rete, condizione irrinunciabile per un effettivo esercizio dei diritti di cittadinanza. Saremmo, insomma, in presenza di un diritto fondamentale in quanto strumentale al godimento di altri diritti (come la libertà di manifestazione del pensiero) e necessario a garantire il pieno sviluppo della personalità e dell'identità personale, nonché la effettiva partecipazione di tutti alla vita sociale⁷⁰.

dies must be effective". E non si può trascurare la considerazione secondo la quale, pur se la lettera della norma riconosce il diritto alla buona amministrazione comunitaria a tutti i cittadini che popolano l'UE, quando i diritti affermati dalla Carta di Nizza siano oggetto di specifica protezione da parte dell'ordinamento comunitario in fattispecie atipicamente costruite, questi diritti possono essere fatti valere effettivamente all'interno dell'ordinamento giuridico dello Stato membro.

Non cessano, tuttavia, le perplessità pronunciate della dottrina sulla reale volontà dell'U.E. di dotarsi di un'efficace amministrazione: cfr. Y. MENY, *La riforma amministrativa in Europa: possiamo ancora crederci?*, Relazione al Convegno AIPDA, Università di Roma Tre 7/8 ottobre 2016, *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, anche in dialogo con G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 610-640 e S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, *ivi*, 2001, p. 79 ss.

⁶⁹ Sintetizzati da M. PIETRANGELO, *La società dell'informazione tra realtà e norma*, *cit.*; si vedano, inoltre, i contributi raccolti dall'a. (a cura di), *Il diritto di accesso ad internet*, Napoli 2011.

⁷⁰ In questo senso, tra i tanti, M.A. ALLEGRI, *Riflessioni e ipotesi sulla costituzionalizzazione del diritto di accesso a internet (o al ciber spazio?)*, *cit.*; L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica*, *cit.*, G. DE MINICO, *Uguaglianza e accesso a Internet*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 marzo 2013.; P. MARSOCCHI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2011, p. 1 ss.; *Id.*, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015, p. 1 ss.; M. PIETRANGELO, *Oltre l'accesso a internet, tra tutele formali ed interventi sostanziali. A proposito del diritto di accesso ad Internet* e L. NANNIPIERI, *La dimensione costituzionale del digital divide. In particolare, gli ostacoli cognitivi alla proiezione dell'individuo nello spazio virtuale*, entrambi in M. Nisticò, P. Passaglia (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino 2014, p. 169 ss.; P. TANZARELLA, *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, in *www.gruppodipisa.it*, settembre 2012; T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, e A. VALASTRO, *Le*

Pertanto, se questo specifico diritto ancora non ha trovato nella giurisprudenza costituzionale un esplicito riconoscimento, soccorre una decisione del 2004⁷¹, ove la Consulta, nel pronunciarsi per l'infondatezza di una questione di legittimità costituzionale relativa alla previsione di legge di incentivi statali per l'acquisto di personal computer con accesso alla rete in favore di giovani e soggetti a basso reddito, ha ritenuto che la disciplina oggetto di giudizio corrispondesse “a finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l'uso dello strumento informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni”. Insomma, la Corte offre una lettura “evolutiva” dell'art. 9 Cost., come norma che promuove e tutela lo sviluppo della cultura informatica e che riconosce a questa dignità costituzionale⁷².

L'ordinamento giuridico, del resto, offre diversi esempi di promozione e garanzia di questo nuovo diritto: si pensi alla legge n. 4 del 2004, rubricata “Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici”, che si apre con il riconoscimento di un generale «diritto di ogni persona ad accedere a tutte le fonti di informazione e ai relativi servizi, ivi compresi quelli che si articolano attraverso gli strumenti informatici e telematici», per dispiegarsi in norme per la garanzia, in particolare, del diritto di accesso ai servizi informatici alle persone con disabilità «in ottemperanza al principio di uguaglianza ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione»; alle disposizioni del Codice delle comunicazioni elettroniche (d. lgs. 259 del 2003), che si occupa di «diritti inderogabili di libertà nell'uso delle comunicazioni elettroniche»; a quelle del Codice dell'amministrazione digitale (d. lgs. 82 del 2005), che riconoscono, sotto molteplici profili, il diritto ad utilizzare strumenti informatici nei rapporti con l'amministrazione pubblica, imponendo al contempo a

garanzie di effettività del diritto di accesso ad Internet e la timidezza del legislatore italiano, entrambi in M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso ad internet*, cit., rispettivamente p. 23 ss. e p. 45 ss.; P. TANZARELLA, *Accesso a internet: verso un nuovo diritto sociale?*, in *www.gruppodipisa.it*, n. 9/2012. Significativi rilievi critici sulla possibilità di guardare all'accesso ad internet in termini di diritto sociale sono invece posti, da ultimo, da P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. Caretti (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Firenze 2012.

⁷¹ Cfr. la decisione Corte cost., 21 ottobre 2004, n. 307 espressa nei giudizi di legittimità costituzionale della norma di cui all'art. 27 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2003, e dell'art.4, commi 9 e 10 della legge 24 dicembre 2003, n. 350, contenente la legge finanziaria 2004, promossi con ricorso della regione Emilia Romagna.

⁷² A voler dare fondamento costituzionale a questo tipo di diritto, la Consulta potrebbe utilizzare lo stesso schema decisorio della sent. n. 10 del 2010, individuando un diritto sociale fondamentale per il quale sussiste la competenza a definire i livelli essenziali *ex art. 117, comma 2, lett. m) Cost.*

quest'ultima precisi obblighi di trasparenza, rafforzati e precisati, soprattutto in tema di obblighi pubblicazione online dal d.lgs. n. 33 del 2013 s.m.i. contenente disposizioni in materia di “Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”.

Ma, il concretizzarsi di queste situazioni soggettive presuppone, a monte, la garanzia dell'effettiva possibilità per tutti di avere una cultura informatica di base e l'accesso alla rete internet, in modo gratuito o a costi accessibili su tutto il territorio nazionale.

Sicché, le norme emanate negli ultimi tre lustri si incentrano per lo più sui compiti affidati all'amministrazione pubblica, finalizzati appunto alla effettiva garanzia del pieno godimento del diritto all'informazione tramite il *web* e della pluralità delle fonti: si pensi, per tutte, alla norma di cui all'art. 1 della l. 7 agosto 2015, n. 124, contenente la Carta della cittadinanza digitale, che specifica i contenuti dei diritti del cittadino digitale e affida al governo il compito di garantire l'accesso alla banda larga al 50% della popolazione entro la fine dell'anno 2016⁷³. Le finalità della Carta della cittadinanza digitale sono evidenziate nell'*incipit* della legge che accorda e garantisce “ai cittadini e alle imprese”⁷⁴ -anche attraverso l'utilizzo delle tecnologie dell'*informazione* e della *comunicazione*- il diritto di «accesso a tutti i dati, i documenti e i servizi di loro interesse», adoperando, ovviamente, lo strumento della “modalità digitale”⁷⁵.

⁷³ Che l'obiettivo non sarebbe stato raggiunto per tempo nel nostro Paese, risultava evidente già dalla metà dell'anno 2016, quando l'allora presidente del Consiglio ha proclamato più volte i successi del governo nel predisporre la banda larga, rinviando, tuttavia, il conseguimento dell'obiettivo della copertura del 50 % del territorio nazionale, prima alla fine del 2018, poi al 2020, finché, dimissionario a causa del risultato negativo del referendum consultivo del 4 dicembre 2016, ha lasciato il testimone al nuovo *premier*.

⁷⁴ Si vedano, però, le osservazioni espresse dalla Commissione speciale per gli atti normativi del Consiglio di Stato che legge una immotivata esclusione di soggetti diversi dai cittadini e dalle imprese, suggerendo di sostituire l'espressione con i “soggetti giuridici”.

Anche l'accesso ai servizi alla persona è oggetto di previsione normativa nel senso della sua semplificazione mediante riduzione dell'*accesso fisico* agli uffici pubblici.

⁷⁵ Cfr. M. PANI, C. SANNA, Open data, *pubblicazione nei siti internet e diritto di accesso*, in *www.lexitalia.it*, n.8/2012; M. RUBECHI, *Nuove esigenze, vecchie questioni (a un anno dagli attacchi di Parigi)*, in *www.federalismi.it*, n.23/2016. Ancora in tema di sicurezza e libero accesso alle informazioni presenti sul *web*, cfr. A. PACE, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in A. Torre (a cura di), *Costituzioni e sicurezza*, Rimini, 2014, p. 547 ss., secondo cui «sicurezza pubblica e ordine pubblico costituiscono non già concetti diversi tra loro ma i due lati della stessa medaglia, il primo soggettivo, il secondo oggettivo» (p. 551).

Si può dire che nonostante sia pacifica “l'incidenza del diritto dell'Unione europea sull'attività della pubblica amministrazione nazionale”, cfr. G. GRECO, *L'incidenza*

5. La net neutrality (il servizio universale) negli ordinamenti giuridici

Appare innegabile la centralità che la diffusione della conoscenza *on line* assume non soltanto in relazione alla libertà d’informazione, ma anche rispetto a «finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l’uso dello strumento informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni (art. 9 della Costituzione)»⁷⁶. Essa può costituire una straordinaria occasione di sviluppo e di incivilimento della persona, certamente più efficace -per lo meno, come abbiamo già accennato, sotto i profili della molteplicità delle informazioni e della rapidità e semplicità di accesso- rispetto a strumenti tradizionali di diffusione e divulgazione del pensiero e dei saperi umani.

La diffusione in rete di contenuti culturali, scientifici, divulgativi ed informativi, nonché di opinioni e commenti nella misura più ampia possibile, contribuisce in misura assai rilevante al c.d. principio di “neutralità della rete”, in forza del quale tutti i flussi di dati su internet devono essere trattati (da un punto di vista tecnico) in maniera paritaria dai prestatori di servizi, affinché questi non siano in grado di esercitare alcuna interferenza nella selezione dei contenuti veicolati⁷⁷: attraverso la garanzia dell’osservanza di un principio così concepito, si profila un’ipotesi di esercizio della funzione pubblica di regolazione per la garanzia e la tutela della conoscenza in internet come bene comune.

Il principio della neutralità della rete è enunciato all’art. 4 della “Dichiarazione dei diritti in internet”⁷⁸ (nella sua versione definitiva del 14 luglio 2015), a mente del quale «ogni persona ha il diritto che i dati trasmessi e ricevuti in internet non subiscano discriminazioni, restrizioni o interferenze in relazione al mittente, ricevente, tipo o contenuto dei dati, dispositivo utilizzato, applicazioni o, in generale, legittime scelte delle persone» e, in tale articolato normativo, la neutralità della rete è considerata «condizione necessaria per l’effettività dei diritti fondamentali della persona». Infatti all’art.

del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di dir. amm. europeo*, Milano 2007, p. 933 ss., non si vede alcuna reale dedica di attenzione nel nostro Paese, e nel Mezzogiorno in particolare, alla diffusione della banda larga.

⁷⁶ Così si esprime la Corte cost., nella sentenza 21 ottobre 2004, n. 307.

⁷⁷ Per un’analisi del principio negli ordinamenti europeo e nazionale, cfr. F. MACALUSO - R. BARATTA - G. NAPOLI, *La neutralità della rete tra regolamentazione e concorrenza*, in *Dir. comm. internaz.*, 2011, p. 405 ss.

⁷⁸ Sulla natura, sull’efficacia e sul contenuto della Carta dei diritti in internet si rimanda ai saggi raccolti da M. Bassini, O. Pollicino (a cura di), *Verso un internet Bill of Rights*, Roma 2015. Si vedano, inoltre, M. MENSI, *La dichiarazione dei diritti in internet: il dibattito in corso e il quadro internazionale*, in *Aspenia Online*, 8 agosto 2015; A. MORELLI, *I diritti e la Rete. Notazioni sulla bozza di Dichiarazione dei diritti in internet*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2015.

14 rubricato “Governo della rete” attribuisce ad “ogni persona” diritto di “vedere riconosciuti i propri diritti in rete sia a livello nazionale che internazionale”, chiarendo che “internet richiede regole conformi alla sua dimensione universale e sovranazionale, volte alla piena attuazione dei principi e diritti prima indicati, per garantire il suo carattere aperto e democratico, impedire ogni forma di discriminazione e evitare che la sua disciplina dipenda dal potere esercitato da soggetti dotati di maggiore forza economica”. Quanto alla disciplina giuridica dell’*uso* della rete delle reti, si chiarisce al comma 3 della stessa norma che “le regole riguardanti la rete devono tenere conto dei diversi livelli territoriali (sovranazionale, nazionale, regionale), delle opportunità offerte da forme di autoregolamentazione conformi ai principi indicati, della necessità di salvaguardare la capacità di innovazione anche attraverso la concorrenza, della molteplicità di soggetti che operano in rete, promuovendone il coinvolgimento in forme che garantiscano la partecipazione diffusa di tutti gli interessati”.

Quel che più rileva è che nella legge si profilano anche i compiti attribuiti al Governo principalmente attraverso la previsione per la quale le istituzioni pubbliche sono tenute ad adottare “strumenti adeguati” per garantire la partecipazione e che la gestione della rete assicuri “il rispetto del principio di trasparenza, la responsabilità delle decisioni, l’accessibilità alle informazioni pubbliche”, nonché la rappresentanza dei soggetti interessati (comma 5); si precisa, inoltre, che debbano essere garantiti “l’accesso e il riutilizzo dei dati generati e detenuti dal settore pubblico”, evidenziando la necessità della costituzione di autorità nazionali e sovranazionali per la garanzia effettiva “dei criteri indicati, anche attraverso una valutazione di conformità delle nuove norme ai principi di questa Dichiarazione” (comma 7).

Nell’ordinamento statunitense il principio della neutralità della rete trova dimora ed esplicita disciplina in una decisione approvata il 27 febbraio 2015 dalla Commissione federale americana per le comunicazioni -*Federal Communication Commission*- con la quale sono state approvate le nuove regole della rete e ove si legge che la banda larga è una *utility*, ovvero un servizio di pubblico interesse, per poi porre il principio che tutto il traffico su internet deve essere trattato allo stesso modo, senza penalizzazioni o corsie preferenziali. Questa decisione si colloca all’interno di un ampio dibattito in cui sembrava prevalere la tesi opposta che propugnava l’idea per la quale alcuni siti o servizi avrebbero dovuto avere connessioni più veloci di altre e che soltanto alcuni *provider* avrebbero potuto offrire la connessione internet tramite “pacchetti”, ritenendosi, quindi non necessaria una connessione generica ed uguale per tutti i siti o per tutti i servizi: tutt’altro che garanzia della neutralità della rete e dell’accesso alle informazioni e ai dati ivi disponibili.

Ora, volgendo lo sguardo al contesto normativo europeo ci si avvede di come già nella vigenza della direttiva comunitaria sul commercio elettronico (2000/31/CE), la Corte di giustizia abbia avuto modo di affermare in una stori-

ca sentenza della III sezione⁷⁹, l’importanza del principio della neutralità della rete, intesa come divieto per l’internet *provider* di attuare discriminazioni sul traffico generato dagli utenti, ossia di attuare un sistema di filtraggio degli accessi⁸⁰. Più recentemente, in un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio (215/2120/UE del 27 novembre 2015⁸¹) viene ribadito il principio di neutralità, vietando sia ogni forma di restrizione o monitoraggio dei contenuti, sia la creazione di diverse velocità di banda a seconda della tipologia del dato scaricato, circostanza passibile di creare forti discriminazioni sugli utenti semplici rispetto a quelli c.d. *premium*.

Sebbene appaia evidente, anche soltanto dalle notazioni che precedono, come la neutralità della rete in questo approccio comunitario sia anzitutto espressione della salvaguardia di più tradizionali principi della libertà di impresa e della riservatezza personale, già consacrati nei Trattati dell’UE, tuttavia è necessario segnalare come oggi il dibattito sulla *net neutrality*⁸² abbia spostato il suo fulcro di interesse su un altro terreno, ancor più fertile e foriero di interessanti spunti di riflessione giuridica, quello, come abbiamo avuto modo di constatare fino ad ora, dei diritti fondamentali collegati alla tecnologia e ad internet.

Vi è chi ritiene che nella logica del bene comune lo stesso accesso ad internet sia un diritto fondamentale e che la conoscenza in rete sia un bene comune al quale deve essere garantito l’accesso; in modo parzialmente diverso, qui si ritiene che la stessa conoscenza offerta dalla rete possa configurarsi come un diritto fondamentale ad acquisire strumenti di libertà che impone l’esercizio di una funzione pubblica neutrale, volta ad assicurare quella che ormai deve essere considerata una precondizione della cittadinanza e dunque della stessa democrazia.

Questa impostazione trova infatti un significativo riscontro anche negli orientamenti di molte Corti nazionali dell’Unione europea: la Francia, con la nota decisione del *Conseil constitutionnel*, n. 580 del 10 giugno 2009 che, nel dichiarare l’illegittimità della legge in materia di diffusione e tutela in rete

⁷⁹ Si tratta della sentenza del 24 novembre 2011, nella causa C-70/2010, *Scarlett v Sabam*.

⁸⁰ Cfr. N. LOFRANCO, *Responsabilità dei provider internet*, in *www.lexitalia.it*, n. 5/2015.

⁸¹ Il regolamento reca misure riguardanti l’accesso “a un’internet aperta” e modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, nonché il regolamento UE 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all’interno dell’Unione.

⁸² Che si sostanzia nella garanzia di un “trattamento equo e non discriminatorio del traffico nella fornitura di servizi di accesso a internet e nella tutela dei relativi diritti degli utenti finali”, nel rispetto della “neutralità tecnologica”, ossia della non imposizione, né espressione di un particolare *favor*, dell’utilizzo di un determinato tipo di tecnologia. Cfr. i “considerando” n. 1 e 2 del regolamento.

delle opere di ingegno, ha affermato che oggi “il diritto alla comunicazione include oramai anche la piena libertà di accedere ad internet”; assai significativa anche la sentenza pronunciata nel 2013 dalla Corte costituzionale federale tedesca⁸³ che ha riconosciuto ad un cittadino tedesco, ravvisando la presenza di una *lesione alla vita di relazione*, il diritto al risarcimento del danno per l’improvvisa disconnessione dalla rete e giungendo a paragonare “l’improvvisa impossibilità di usare la rete per un impedimento, alla ingiustificata privazione dell’uso del *web* e del diritto di movimento da riconoscersi ad ogni cittadino”.

Ora, in questa direzione, se si assume che la rete costituisce un bene indispensabile allo sviluppo del benessere della persona, occorre necessariamente ritenere che l’accesso ad internet configuri, a sua volta, un diritto della persona (individuo o soggetto collettivo), a pretendere che lo Stato assicuri diffusamente sul territorio nazionale, una connessione tale da permettere, ovunque si risieda e ad un prezzo abbordabile -degno del servizio universale che la garanzia dell’accesso alla rete sembrerebbe vada sempre più configurando-, di navigare in rete ad una idonea velocità, non sensibilmente minore di quella garantita ad altre categorie di cittadini o ai singoli.

D’altronde, il codice dell’amministrazione digitale apre la strada all’affermazione di nuove posizioni giuridiche soggettive su cui si fonda il passaggio cruciale da una cittadinanza civile e politica ad una cittadinanza sociale e digitale. Potrebbe dirsi che si tratti di quei *frammenti di felicità* che possono certamente trovare una significativa notazione giuridica nel nostro ordinamento, attraverso una più moderna lettura dell’art. 2 Cost. secondo cui le formazioni sociali racchiuderebbero anche i diritti delle nuove comunità virtuali⁸⁴. Questo significa affermare che la tecnologia è uno strumento indispensabile allo sviluppo della personalità dei singoli⁸⁵, della loro identità personale, anche nelle formazioni intermedie, nelle quali sembra ormai doveroso annoverare anche quelle virtuali.

Queste riflessioni sollecitano un ulteriore interrogativo che riguarda il regime di accesso ai contenuti della rete, quindi alla fruibilità delle *utilities* che derivano dalla acquisizione di altri beni, costituite proprio dai dati informatici.

⁸³ Cfr. *Bundesverfassungsgericht* (BverfG), sent. n. 56 del 5 maggio 2013. Si veda, inoltre, BverfG, del 20 aprile 2016, commentata da L. GIORDANO, A. VENEZONI, *La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*, 2016.

⁸⁴ Queste, nella sostanza le riflessioni di M. INTERLANDI, *La neutralità della rete*, *Intervento* al Convegno nazionale di Studi di Diritto amministrativo di Copanello “I beni pubblici tra titolarità e funzione”, 24 e 25 giugno 2016.

⁸⁵ In disparte ogni osservazione sulla indispensabilità dell’uso della rete per i disabili e per coloro i quali sono, per le ragioni più diverse, limitati nella possibilità di muoversi: cittadini elettori alcuni, non ancora elettori altri, ai quali non verrebbe concessa la possibilità di informarsi e di formare una propria coscienza civile e sociale, di avere relazioni sociali, insomma non soltanto di essere parte della Repubblica, bensì anche di vivere con la dignità di un essere umano.

In particolare, si rifletta sulla circostanza per la quale da un lato gli operatori privati spingono in nome della libertà d'impresa verso un regime a titolo oneroso dell'accesso ai dati, dall'altro lato il principio normativo del FOIA e dell'*open access*, impongono alle amministrazioni di rendere fruibili a titolo gratuito, sia i dati informativi, sia alcuni particolari contenuti -come, nel caso dei beni culturali, quelli relativi ai musei o agli archivi e alle biblioteche-. Accade, quindi, che, da un lato le amministrazioni pubbliche devono offrire contenuti culturali secondo i principi del servizio pubblico (universale), dall'altro l'operatore privato può riutilizzare il dato, trasformarlo tecnologicamente per trarne, *jure*, le maggiori utilità: in altre parole, l'accesso alle infrastrutture e al dato della pubblica amministrazione è gratuito, ma quando quel dato -con forte contenuto artistico, in generale culturale-, già conservato e forse anche digitalizzato dalle amministrazioni finisce in *open access*, il riutilizzatore -che sia o non sia commerciale- può ricavarne profitto, manipolandolo e appropriandosene.

Appare evidente, allora, la necessità di una regolazione dell'accesso alla rete e ai dati che essa contiene; in particolare, in una ricerca sulla funzione amministrativa neutrale, la riflessione non può essere limitata alla posizione ideologica e radicale dell'*open access*, ma è necessario individuare viceversa, un regime in grado di contemperare gli opposti interessi di cui il pubblico e il privato sono portatori in questo settore.

D'altronde, non può trascurarsi come la modernizzazione dell'offerta culturale che passa attraverso le tecnologie della comunicazione e dell'informazione, incrementi notevolmente la fruizione comune dei beni culturali, anche a vantaggio delle categorie più svantaggiate come quella dei disabili; né, che proprio i prodotti culturali digitali rappresentano la *new art* che in futuro entrerà a far parte delle testimonianze storiche della civiltà contemporanea, segnando un passaggio fondamentale dal bene culturale inteso in senso strettamente materiale (sia pure veicolo dell'intrinseco valore che lo connota come culturale in quanto testimonianza materiale di civiltà⁸⁶), a bene culturale immateriale; circostanza, questa, che ha spinto il legislatore a riconoscere il problema dell'estensione a questi ultimi beni della disciplina del codice dei beni culturali e del paesaggio⁸⁷.

⁸⁶ Cfr. B. SAPONARO, M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Commento agli artt. 1-9*, in A. Angiuli e V. Caputi Jambrenghi (a cura di), *Commentario al codice dei Beni culturali e del paesaggio*, Torino 2005, pp. 29-59, nonché D. VAIANO, *La valorizzazione dei beni culturali*, Torino 2011.

⁸⁷ Almeno in apparenza le due convenzioni UNESCO di Parigi (3 Novembre 2003 per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e 30 Ottobre 2005 per la protezione e la promozione delle diversità culturali) risultano rispettate con l'adozione dell'improbabile formula normativa di cui all'art. 7 bis del codice del 2004, che subordina alla presenza di un supporto materiale la riferibilità ai beni culturali immateriali, della normativa codicistica.

In definitiva, se da un lato l'accesso libero ai dati del patrimonio culturale pubblico e la sua riutilizzabilità costituiscono la premessa giuridica e tecnica per l'affermazione di prodotti digitali in campo culturale organizzato anche dai privati, determinando l'effetto benefico di una migliore tutela e valorizzazione dei beni culturali, dall'altro lato, l'acquisizione gratuita delle conoscenze alla fonte non è di per sé incompatibile con una regolazione del servizio creato dall'operatore privato per scopi commerciali (si pensi, per esempio, alle *App* che sono la prima forma di *business* sviluppata con l'apertura dei dati pubblici).

Una regolazione che non mortifichi, bensì incoraggi anche l'iniziativa imprenditoriale, orientandola alla valorizzazione dei beni culturali, in armonia con i principi espressi dal codice, in termini di utilità e solidarietà sociale.

Abbandonando la retorica del *open access* a tutti i costi, in nome di prodotti digitali anche culturali, davvero al servizio della comunità, sia in termini di profitto che in termini di conoscenza, si ritiene che una equilibrata regolazione debba essere in grado di garantire e tutelare, da un lato le libertà fondamentali di cui è espressione l'art. 21 Cost., determinate anche nel diritto di accesso ai contenuti informativi e culturali trasmessi dal *web*, dall'altro, la libertà di iniziativa economica nel settore delle comunicazioni digitali.

6. *La funzione amministrativa neutrale di garanzia dei "nuovi diritti" digitali*

Le riflessioni svolte fin qui sulla *net neutrality*, inducono ad osservare come una corretta regolazione del principio della neutralità tecnologica nel nostro ordinamento giuridico -anche soltanto limitandoci alla lettura del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259⁸⁸ s.m.i. (artt. 1 e 13) e del CAD (art. 68 relativo alla disciplina dell'acquisto dei programmi informatici da parte degli uffici dell'amministrazione)- imponga che la norma di legge non possa "restare indietro" rispetto all'evoluzione in continuo divenire del *web*, sicché alla legge è affidata la funzione di enucleare ed esporre i principi che regolano il settore e non anche quella di intervenire con norme tecniche o disposizioni ad oggetto tecnologico; è alla regolazione (anche espressa in decreti ministeriali o presidenziali non aventi contenuto di regolamento governativo) e, più in generale, al complesso di regole vigenti in diritto positivo in materia di attività dell'amministrazione pubblica attraverso il digitale, che viene affidata l'acquisizione di *nova* tecnologici; è evidentemente ad una riforma generale della informatizzazione degli uffici pubblici ed ai suoi usi che il legislatore del 2015 fa riferimento con una delega di notevole ampiezza ed innovatività.

Ed è proprio qui, nell'esercizio della funzione amministrativa di regolazione e garanzia, che il principio della *net neutrality*, a protezione dei nuovi

⁸⁸ Contenente il codice delle comunicazioni elettroniche.

diritti nascenti dal settore della comunicazione mediante la rete internet, trova la sua naturale dimora.

Si è visto, nelle riflessioni che precedono, come quella affidata all'amministrazione profili un'ipotesi di esercizio della funzione pubblica di regolazione per la garanzia e la tutela della conoscenza in internet (ove si ritenga, inteso come bene comune). La neutralità della rete impone l'assenza di restrizioni o interferenze, poggiando sulla premessa maggiore -data per presupposta- per la quale tutti hanno diritto ad accedere alla rete per ricevere o trasmettere dati, informazioni, nozioni e idee e per instaurare rapporti lavorativi, economici e sociali.

Per questo, la garanzia dell'accesso veloce e senza interruzioni, restrizioni o interferenze alla rete internet si configura come condizione necessaria per l'effettività dei diritti fondamentali della persona, assicurando la totale neutralità della relativa funzione svolta dall'amministrazione, sganciata da ogni collegamento a qualsivoglia interesse.

Abbiamo fatto riferimento più volte anche al diritto di costruire un'identità personale, quindi di accedere alle informazioni, alla conoscenza “inclusiva”, come si legge negli atti normativi dell'UE, diritti che fanno sorgere un corrispondente dovere della Repubblica di garantire l'accesso rapido alla rete internet, attraverso la diffusione della banda larga in tutto il territorio dello Stato, senza esclusione o limitazione alcuna e ad ogni fine.

Questo dovere dello Stato di garantire ai suoi cittadini un accesso della maggiore utilità alla rete internet attraverso la predisposizione delle infrastrutture e delle reti necessarie alla garanzia della banda larga (e ultralarga) su tutto il territorio nazionale lo abbiamo inquadrato nella nozione di servizio universale, con il conforto della normativa europea che ha qualificato, appunto, come destinatari dell'erogazione di un servizio universale gli utenti finali della politica di garanzia della banda larga e ultralarga, insomma dell'accesso veloce e gratuito o semigratuito alla rete internet.

Il processo avviato nell'ultimo lustro del secolo scorso dalle istituzioni europee diretto a colmare il divario nella banda larga⁸⁹ si è concluso, nell'ambito della strategia Europa 2020⁹⁰, con la promozione di diverse politiche volte al massimo potenziamento della digitalizzazione, alla dotazione della banda larga in tutta l'Europa e all'attuazione di interventi a sostegno della domanda di servizi digitali; in particolare, con l'istituzione dell'Agenda digitale che, tra le azioni che gli Stati sono chiamati ad intraprendere per realizzare l'inte-

⁸⁹ Si fa riferimento, in particolare alla comunicazione della Commissione COM 687/1999, “*E Europe - Una società dell'informazione per tutti*”; ove si invitano gli Stati membri ad adottare le politiche necessarie a garantire ai cittadini la possibilità dell'accesso alla rete.

⁹⁰ Per la quale si veda la comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010, “*Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*”, COM (2010) 2020 def.

grazione dell'apprendimento elettronico, la modernizzazione dell'istruzione e della formazione, fissa l'obiettivo da raggiungere da parte di tutti gli Stati membri della garanzia al 100% del territorio nazionale della banda larga, entro la fine dell'anno 2020. In realtà, l'Agenda digitale europea prevedeva la copertura della banda larga (sia pur limitata a 2 mbps) per tutti i cittadini europei entro la fine dell'anno 2013, ma, com'è noto, lo Stato italiano ha mancato il pur modesto obiettivo ed è rivolto ora al secondo obiettivo previsto dall'Agenda, quello di garantire la banda larga veloce (maggiore di 30 mbps) per il 50% dei cittadini e la banda ultralarga (maggiore di 100 mbps) per le pubbliche amministrazioni, per l'industria e il commercio, le scuole e alcuni ceti professionali.

La comunicazione del 2010, si ritiene in alcuni commenti, "ha contribuito a creare un quadro di riferimento culturale e politico propizio per il riconoscimento dell'accesso alla rete come prestazione rientrante negli obblighi di *servizio universale* e costituisce il presupposto per i successivi interventi normativi dell'Unione idonei ad incidere in maniera significativa sull'assetto dei rapporti e degli interessi"⁹¹. Ad essa si è aggiunta, infatti, la direttiva 2014/61/UE del 15 maggio 2014, in attuazione degli obiettivi fissati nell'Agenda digitale, relativa alle reti elettroniche ad alta velocità, diretta alla promozione della condivisione delle infrastrutture di rete esistenti e di un uso efficiente delle nuove infrastrutture fisiche, passando per la riduzione degli ingenti costi delle opere di ingegneria civile⁹² per l'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità.

In definitiva, può osservarsi che la direttiva comunitaria del 2014 prevede significativi poteri di regolazione del mercato da parte delle amministrazioni degli Stati membri, oltre che una specifica funzione neutrale di risoluzione delle controversie tra richiedente ed operatore di rete, in via giustiziale, pre-

⁹¹ Così P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa*, cit., p. 102, al quale si rinvia per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione della normativa europea in materia.

⁹² Determinati da una molteplicità di fattori, tra i quali -si legge nei considerando 7 e 8 della direttiva- l'esistenza di procedure amministrative farraginose di rilascio delle autorizzazioni, per cui la norma di cui all'art. 7 impone agli Stati di adottare disposizioni necessarie affinché i procedimenti autorizzatori si concludano entro il termine di quattro mesi dalla presentazione dell'istanza, disponendo peraltro la possibilità di prevedere misure risarcitorie per il danno da ritardo; inefficienze nel processo di posa connesse all'uso dell'infrastruttura passiva esistente, per prevenire le quali la norma di cui all'art. 9 dispone che per gli edifici esistenti (a mente dell'art. 8 gli edifici di nuova costruzione o oggetto di "profonda ristrutturazione", devono essere equipaggiati con un punto di accesso alla rete ad alta velocità), gli Stati membri debbano provvedere affinché i fornitori di reti pubbliche di comunicazione possano installare la propria rete fino al punto di accesso, ovvero possano utilizzare i punti d'accesso, le infrastrutture e le reti già esistenti, qualora la duplicazione sia tecnicamente impossibile o inefficiente; rallentamenti provocati dal coordinamento delle opere civili.

sentando ricorso ad un organismo nazionale le cui decisioni sono suscettibili di ricorso giurisdizionale.

Né può trascurarsi, restando in ambito comunitario, il pacchetto normativo contenuto nel *regolamento UE Connected Continent* (regolamento UE 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015, in GUUE L310/1 del 26 novembre 2015) “che stabilisce misure riguardanti l’accesso a un’*internet* aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo *al roaming* sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all’interno dell’Unione”. Il regolamento disciplina le tariffe di *roaming* e detta norme comuni in vigore nei Paesi membri dal 30 aprile 2016, volte a garantire il diritto degli utenti all’accesso veloce ad *internet*, offrendo all’art. 2 una definizione del “*servizio di accesso ad internet*” come “*un servizio di comunicazione elettronica a disposizione del pubblico che fornisce accesso ad internet, a prescindere dalla tecnologia di rete e dalle apparecchiature terminali utilizzate*”; fissa i principi cardine della *net neutrality* e chiarisce, nel tenore delle sue norme, che gli utenti finali della rete sono titolari del diritto di accesso alla rete come pretesa all’erogazione di un servizio universale.

Appare significativo che l’Unione europea abbia deciso di intervenire in materia utilizzando un regolamento, direttamente applicabile in tutti gli Stati membri dell’UE: infatti l’obiettivo del regolamento è proprio quello di dettare “*norme comuni a livello dell’Unione europea per far sì che internet continui ad essere una piattaforma aperta ed evitare che le misure adottate dai singoli Stati membri causino la frammentazione del mercato interno*” (cfr. il considerando n. 3). In questa prospettiva si garantisce l’accesso ad *internet* come diritto degli utenti finali, disponendo nella norma di cui all’art. 3 che, tramite il servizio di accesso ad *internet*, costoro hanno il diritto di accedere a informazioni e contenuti e di diffonderli, nonché di utilizzare e fornire applicazioni e servizi, indipendentemente dalla sede dell’utente finale o del fornitore o dalla localizzazione, dall’origine o dalla destinazione delle informazioni, dei contenuti, delle applicazioni o del servizio (art. 3.1)⁹³.

⁹³ A loro volta, i fornitori di servizi di accesso ad *internet* sono obbligati a trattare tutto il traffico allo stesso modo, senza discriminazioni, restrizioni o interferenze e a prescindere dalla fonte e dalla destinazione, dai contenuti cui si è avuto accesso o che sono stati diffusi, dalle applicazioni o dai servizi utilizzati o forniti, o dalle apparecchiature terminali utilizzate (art. 3.3).

Ciò non impedisce ai fornitori di accesso a *internet* di attuare misure ragionevoli di gestione del traffico di carattere temporaneo (cfr. il considerando n. 11), purché esse siano “ragionevoli”, secondo parametri indicati dalla stessa norma (devono essere trasparenti, non discriminatorie e proporzionate; non possono essere basate su considerazioni di ordine commerciale; devono essere fondate su requisiti di qualità tecnica del servizio -art. 3.3-).

Si tratta, insomma, proprio della garanzia di un nuova fattispecie di servizio universale, come dimostra il fatto che il regolamento contiene una modifica alla direttiva 2002/22/CE in materia, appunto di servizio universale, per includere tra i destinatari, gli utenti finali del servizio di accesso alla rete (art. 8⁹⁴). Il regolamento non tocca, invece, la “direttiva accesso”, n. 2002/19/CE.

In coerenza con gli obiettivi fissati dell’ Agenda digitale europea il Governo italiano ha elaborato un Piano strategico nazionale che definisce i principi base delle iniziative pubbliche a sostegno dello sviluppo della banda ultralarga dal 2014 al 2020. Ivi si prevede un aggiornamento periodico che consenta di adeguare il piano all’evoluzione della tecnologia, dei servizi e della domanda, oltre che la consultazione pubblica sulle strategie per la banda ultralarga e per la crescita digitale, consultazione necessaria, quantomeno, a rilevare le (e a rispondere alle) mutevoli esigenze della società civile.

Fermi i descritti limiti entro i quali è consentita l’adozione di misure ragionevoli di gestione del traffico, i fornitori di servizi di accesso a internet non possono, invece, bloccare, rallentare alterare, limitare, interferire con, degradare o discriminare tra specifici contenuti, applicazioni o servizi.

Tale divieto può essere derogato in tre ipotesi eccezionali e temporanee previste dall’art. 3.3, concernenti la necessità di:

- conformarsi ad atti legislativi o provvedimenti amministrativi;
- preservare la sicurezza ed integrità della rete, dei servizi e delle apparecchiature terminali;
- prevenire un’imminente congestione della rete o mitigare gli effetti di una congestione della rete eccezionale o temporanea (cfr. il considerando 15).

L’art. 3.5 riconosce la possibilità di fornire servizi, diversi dall’accesso ad internet, “*ottimizzati per specifici contenuti, applicazioni o servizi o loro combinazioni [...] solo se la capacità della rete è sufficiente a fornirli in aggiunta a tutti i servizi di accesso a internet prestati*”.

Al fine di garantire l’effettività dei diritti degli utenti finali, il regolamento pone in capo ai fornitori di accesso ad internet ulteriori obblighi in tema di trasparenza delle informazioni contrattuali in materia di gestione del traffico, velocità e qualità del servizio di accesso (art. 4). Esso attribuisce, inoltre, alle Autorità nazionali di regolamentazione il potere di imporre “*requisiti concernenti le caratteristiche tecniche, i requisiti minimi di qualità del servizio e altre misure adeguate e necessarie a uno o più fornitori di comunicazioni elettroniche al pubblico, incluso ai fornitori di servizi di accesso a internet*” (art. 5). Spetta a ciascuno Stato membro, a norma dell’art. 6, stabilire le sanzioni da irrogare in caso di violazione del regolamento.

⁹⁴ L’art.8 rubricato “Modifiche alla direttiva 2002/22/CE” recita: “All’articolo 1 della direttiva 2002/22/CE, il paragrafo 3 è sostituito dal seguente: «3. Le misure nazionali in materia di accesso o di uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica da parte di utenti finali rispettano i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, anche in relazione alla vita privata e all’equo processo, come definiti all’articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali.».

Il piano strategico ha preso il via nella realizzazione delle gare volte all'installazione della banda larga, attraverso una serie di provvedimenti posti in essere dal Governo⁹⁵. Nonostante ciò lo Stato italiano manifesta un significativo ritardo nel raggiungimento degli obiettivi fissati dalla normativa UE, visto che ad oggi l'Italia ha una copertura della banda larga che copre poco più del 50 % del territorio nazionale (risultato ben poco significativo rispetto alla media UE dell'85%)⁹⁶, peraltro limitata a 15 mbps, in una scala di *performance* che va dai 20 a oltre 60 mbps; in condizioni assai simili versano soltanto la Grecia e la Turchia.

Ma, al di là dei ritardi e delle inadempienze dello Stato italiano nell'assolvimento del compito assegnatogli dall'ordinamento giuridico, non sembra revocabile in dubbio che quella affidata agli Stati membri dalla normativa dell'UE, con le sue peculiarità regolatorie, di vigilanza e giustiziali, sia una funzione diretta a garantire a tutti i soggetti, qualunque sia la loro natura giuridica, senza alcuna distinzione basata sul reddito, sull'estrazione sociale, sull'età o sul lavoro e, soprattutto prescindendo dal rapporto con la pubblica amministrazione o con i fornitori, con i consumatori, con gli studiosi, gli studenti, i lavoratori autonomi e dipendenti o la classe politica, la possibilità di usare internet, questo essendo il compito istitutivo riservato alla funzione amministrativa neutrale.

Dalle considerazioni che precedono, si è andato gradualmente profilando il compito che l'ordinamento giuridico attribuisce alla Repubblica, di garanzia dei nuovi diritti nascenti dalla rete delle reti; compito che la Repubblica svolge, allocando la relativa funzione a livello dell'amministrazione e dando vita ad un sistema di regolazione della *net neutrality*, per la tutela e la garanzia di quei diritti.

⁹⁵ Azioni significative sono state intraprese durante l'anno 2016: l'11 febbraio 2016 le regioni hanno condiviso in sede di Conferenza Stato-regioni un piano per lo sviluppo della banda ultralarga sul territorio nazionale, sottoscrivendo un accordo - quadro; il 3 giugno 2016 è stata avviata la gara (aggiudicata -dopo essere passata per due fasi- in ottobre) per l'installazione della banda larga nelle prime sei regioni (Abruzzo, Molise, Lombardia, Emilia Romagna, Toscana e Veneto) e il 10 agosto per altre 10 regioni e per la provincia di Trento: si tratta di bandi che affidano la progettazione, realizzazione, manutenzione e gestione della rete di accesso che consenta di fornire servizi agli utenti con la velocità ed i Mbps della banda larga, con disposizioni di favore per pubbliche amministrazioni, scuole, presidi sanitari e distretti industriali. Ivi si prevede una concessione ventennale della rete che resta di proprietà pubblica. Ancora, il 25 ottobre 2016 è stato firmato un Protocollo tra Mise, Mibact e Agid per il turismo digitale.

⁹⁶ Secondo i dati elaborati attraverso l'utilizzo dell'I-Com Broadband Index (IBI), un indice che valuta la “maturità digitale” degli Stati membri dell'UE, sia dal lato della domanda (accesso alla banda larga, ricorso ai servizi online e abbonamenti), sia da quello dell'offerta (copertura del territorio e abitazioni raggiunte).

Tra l'altro, è emerso che questa nuova funzione amministrativa è comparsa nel nostro ordinamento giuridico, per rispondere ad un'esigenza sulla quale la società civile preme, si direbbe a livello mondiale, affinché sia assicurato, con i caratteri del servizio universale, l'accesso alla conoscenza, il diritto alla formazione della propria *identità personale*, attraverso la garanzia dell'accesso libero, ma regolamentato a fini di tutela e per ragioni di sicurezza, alle diverse fonti di informazione e conoscenza che devono essere caratterizzate dal pluralismo esterno ed interno.

La situazione giuridica soggettiva speculare a questa funzione, è quella della pretesa ad ottenere l'effettiva garanzia del diritto alla formazione dell'identità personale, attraverso la predisposizione, non soltanto delle regole necessarie alla disciplina del settore e alla tutela dei soggetti dell'ordinamento giuridico, ma anche di autorità pubbliche, indipendenti e neutrali, preposte all'esercizio della relativa funzione.

Oltre alla garanzia della *net neutrality* -con ogni implicazione e ricaduta sull'esercizio della funzione amministrativa, come si è stato osservato, all'amministrazione viene affidato il compito di garantire il principio della *sicurezza* dei suoi servizi *on line*: strumento indispensabile per raggiungere i fini dell'accesso telematico ai documenti ed ai servizi e della riduzione dell'accesso fisico presso gli uffici pubblici. Secondo il consueto schema di distribuzione delle competenze, il legislatore delegato, in particolare, dovrà ricercare gli strumenti più idonei per garantire «il livello minimo di sicurezza», di *qualità*, di *fruibilità*, *accessibilità* e *tempestività* dei servizi *on line* prestati dalle amministrazioni pubbliche, con obbligo di prevedere a tal fine speciali regimi sanzionatori e premiali per le stesse.

Né i caratteri del servizio universale che impongono l'attuazione della garanzia dell'accessibilità in modo generalizzato a costi abbordabili, devono indurre in inganno sulla natura di servizio piuttosto che di funzione, per le ragioni già chiarite allorché si è trattato dei caratteri distintivi dei due termini della relazione: infatti, quella affidata allo Stato è una funzione -per di più neutrale- priva di *mission*, il cui esercizio deve essere garantito in modo eguale, verso tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico e irradiato su tutto il territorio nazionale, in armonia e in collaborazione con gli ordinamenti (ed i soggetti) comunitario ed internazionale.

Anche qualora si voglia inquadrare questa attività amministrativa nell'ambito del servizio pubblico, si vedrà ben presto che essa, una volta penetrata per legge nell'organizzazione amministrativa (basti pensare soltanto alla norma di cui all'art. 1 legge Madia n. 124 del 2015, contenente la Carta della cittadinanza digitale), non può che diventare funzione amministrativa neutrale del Governo: del resto, è a quest'ultimo che la normativa comunitaria affida il compito di garantire la banda larga al 50% della popolazione entro la fine dell'anno 2016; necessariamente, la connessione internet veloce deve essere garantita in tutte le zone del territorio, soprattutto in considerazione della circostanza per la quale tutte le zone del territorio sono abitate da soggetti ai

quali viene richiesto di adempiere ai doveri di solidarietà economica politica e sociale.

D'altra parte, spesso l'amministrazione non consente altro mezzo per interloquire con l'organizzazione amministrativa se non mediante l'uso della rete, in osservanza al cennato principio giustificatore del *digital first*, in base al quale quello digitale è il canale principale -a volte esclusivo- per tutte le attività amministrative.

Questo è quanto ha chiarito il Consiglio di Stato quando ha espresso -nell'adunanza della Commissione speciale per gli atti normativi del 17 marzo 2016- un parere negativo sullo schema di decreto legislativo recante modifiche e integrazioni al CAD⁹⁷, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

Si pensi, alle ipotesi (per vero sempre più frequenti) in cui l'amministrazione impone l'uso della rete come unico strumento di dialogo e di accesso ai servizi; ad esempio alla presentazione di domande esclusivamente online per la partecipazione ai diversi bandi pubblici o, più in generale, alla disposizione di cui all'art.48 del CAD ove si legge che “la trasmissione telematica di comunicazioni che necessitano di una ricevuta di invio e di una ricevuta di consegna avviene mediante la posta elettronica certificata”, imponendo al soggetto privato anche il possesso della casella di posta certificata; ancora si pensi al processo telematico civile e amministrativo, alla telemedicina, ecc.; si pensi, quindi, all'impatto che la mancata attuazione della garanzia dell'accesso alla rete, nei termini poco sopra chiariti, può produrre su una società civile in costante trasformazione ed evoluzione tecnologica.

Se è vero che nell'esercizio di questa attività da parte dell'amministrazione è agevole intravedere l'erogazione di un servizio pubblico universale è anche innegabile che possa senz'altro vedersi l'esercizio di funzione pubblica neutrale nella programmazione e nell'attuazione degli accessi da parte del legislatore che affida agli uffici dell'amministrazione (nel caso di specie attraverso le previsioni contenute nella legge 124/2015) la garanzia della piena e gratuita fruizione delle informazioni e dei dati, oltre che dei beni diffusi in rete.

Inoltre, ancora sui caratteri della neutralità di questa funzione amministrativa, si consideri che, comunque si voglia intendere la sua natura, essa appare certamente più dotata del carattere complessivamente proprio della neutralità rispetto ad altre funzioni attribuite in Costituzione all'amministrazione. Quando lo ha ritenuto opportuno, infatti, il costituente ha ben espresso l'attribuzione di una vera e propria *mission* affidata all'esercizio della funzione amministrativa, che, sol per questo, perde il carattere della neutralità. Si pensi, a titolo di esempio, alla norma di cui all'art. 44 Cost. che affida alla legge il compito di imporre vincoli alla proprietà terriera privata, al fine precipuo di consentire all'amministrazione di conseguire il razionale sfruttamento del

⁹⁷ Contenuto nel d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124.

suolo, fissando i limiti all'estensione della proprietà agricola, promuovendo ed imponendo la bonifica delle terre, la trasformazione del latifondo e la ricostruzione delle unità produttive; nonché il compito di aiutare la piccola e la media proprietà"⁹⁸. Un'attività dirigista, che deve aiutare la piccola e media proprietà, al fine di conseguire "equi rapporti sociali", nonché il preciso obiettivo dello sfruttamento *razionale* del suolo, secondo scelte effettuate in sede politica.

⁹⁸ Cfr. G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 4-204, p. 585 ss.

Autoritarietà e garanzie

Sommario: 1. *Interessi, garanzie e potere unilaterale/autoritativo*. 2. *Le Commissioni tributarie e il Garante del contribuente*. 3. *Su alcune forme di neutralità "impropria": la funzione giustiziale tra autotutela e autodichia*.

1. *Interessi, garanzie e potere unilaterale/autoritativo*

A questo punto della ricerca, è forse possibile osservare che se non si può rinunciare validamente ai doveri pubblici -come non si può rinunciare validamente ai diritti indisponibili, si pensi ai *munera* (la vita, la patria potestà, la cura degli interessi patrimoniali dei minori da parte dei genitori, degli inabilitati o degli orfani da parte del tutore, dei falliti da parte del curatore, ecc.), diritti e poteri di preminente rilevanza nell'interesse generale- e se tuttavia l'esercizio doveroso della funzione pubblica spesso provoca crisi di rigetto nei suoi destinatari è pur necessario che si vada alla ricerca nell'ordinamento derivato di quelle garanzie che evitino la delusione del cittadino posto dinanzi a decisioni a sé contrarie che egli non è in condizione di comprendere ed accettare nella loro pervasività della sfera di autonomia che pure l'ordinamento generale tiene a preservare in suo favore.

Se le crisi nel rapporto con gli organi amministrativi fossero disseminate nell'esperienza comune dell'ordinamento derivato, ciò provocherebbe o, se si preferisce, sosterebbe, almeno *in thesi*, un conflitto permanente tra libertà e autorità, con l'eventuale conclusione della soppressione dell'una o dell'altra, a vantaggio della dittatura o dell'anarchia (o di condizioni politico - sociali assimilabili).

Anche per ragioni di questo genere l'ordinamento amministrativo individua uno o più centri tipici di imputazione di compiti diversi -corrispondenti ad altrettanti interessi generali (compiti di benessere, di mera regolazione, di servizio e di garanzia)¹: uffici di governo che sono, come spesso accade, te-

¹ Fenomeno imputabile anche al "mutato rapporto fra legge e azione amministrativa su cui si fonda il principio di legalità": così A. BARTOLINI - A. PIOGGIA, *La legalità dei principi del diritto amministrativo e il principio di legalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., spec. p. 88. Sul tema M.G. BERNADINI,

L'Europa dopo Lisbona: cosa cambia, in www.federalismi.it, giugno 2010; F. MANGANO, M. VIOTTI, *La provincia negli attuali assetti istituzionali*, *ivi*, febbraio 2010; L. FRANZESE, *Sussidiarietà vs decentramento*, *ivi*, n. 10/2013; A. DEPAS, *Il dirigente scolastico nell'area della "buona scuola"*, *ivi*, n. 16/2015; S. MANFREDA, *La tutela della concorrenza in tempo di crisi (le molte anime dell'antitrust nella relazione sul 2012)*, *ivi*, n. 20/2013. Critica in tema di politiche familiari attivate dal "welfare familiare" italiano nel confronto con gli altri Stati UE G. RAZZANO, *Welfare familiare e Costituzione fra esperienze e riforme*, in www.federalismi.it, n.7/2016.

A. D'ATENA, *Luci ed ombre della riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015 si mostra assai critico sulla "clausola di salvaguardia" inserita nella naufragata riforma costituzionale Renzi-Boschi, clausola a favore dello Stato, che avrebbe potuto invocare a sé, su proposta -e relativa responsabilità- del Governo, tutte le materie, quando lo avesse richiesto "la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica", giustificata dal Governo sulla base della eventuale esigenza della «realizzazione di programmi o di riforme economico-sociali di interesse nazionale».

In tema di "valore sociale aggiunto" delle politiche statali a supporto degli interessi generali, in tema di concorrenza, cfr. V. FEDERICO, D. RUSSO, E. TESTI, *Impresa sociale, concorrenza e valore aggiunto. Un approccio europeo*, Padova, 2012. Cfr. anche, per il terzo settore, A. ALBANESE, *I rapporti fra soggetti non profit e pubbliche amministrazioni nel d.d.l delega di riforma del Terzo settore: la difficile attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Non profit*, n. 3/2014, p. 153 ss. L'autrice individua il "valore aggiunto sociale", rilevante in sede di selezione per l'affidamento di servizi di interesse generale, nelle modalità concrete con cui i soggetti *non profit* operano, accanto alla forma giuridica e organizzativa.

V'è poi chi rileva che di fronte ad un sistema di rinnovata *governance* economica, si pone il "problema di continuare a riconoscere la profonda originalità della Costituzione italiana in un contesto europeo caratterizzato dall'impiego del metodo concorrenziale e da una prevalenza del dato economico sul dato politico. Sono molti gli elementi dell'ordinamento sovranazionale che mettono in tensione il sistema teorico della Costituzione italiana, se non altro perché la scelta di fondo per lo Stato sociale può essere attuata solo in parte e solo con molte cautele attraverso la spesa pubblica". Così E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Quali prospettive per le autonomie locali dopo l'introduzione dell'equilibrio di bilancio?*, in www.federalismi.it, n. 1/2015; cfr. in termini anche G. ALFANO, *L'art. 81 della Costituzione e la "legge finanziaria"*. *Sistematica disapplicazione della norma da parte dei suoi destinatari*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 novembre 2008; G. DI GASPARE, *L'art. 81 della Costituzione, abdicazione della sovranità finanziaria dello Stato?*, in www.amministrazioneincammino.it, 29 dicembre 2014. In proposito, anche M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid Rassegna*, 2013, 3, p. 22 ss.; C. BUZZACCHI, *Equilibrio di bilancio versus autonomie locali e 'Stato sociale'*, in *Amministrare*, n. 1/2014, p. 50 ss.; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli 2012. Su questi problemi cfr. poi A. SOMMA, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma 2014.

Commentando la riforma costituzionale del 2001, G. BERTI, *La giuridicità pubblica e la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione*, in *Jus*, 2002, p. 147 ss.

nuti a rispondere in termini di risultato e di buona amministrazione e perciò dotati talvolta dall'ordinamento di una "potestà autoritativa irresistibile nei confronti dei cittadini"², necessaria tuttavia allo svolgimento delle funzioni che consentono l'assolvimento dei suddetti doveri e compiti, attraverso la prestazione di servizi.

D'altronde, nell'analizzare la distinzione tra amministrazione autoritativa e amministrazione di prestazione³, è agevole rimarcare come non vi sia com-

ha considerato che la revisione del 2001 e la legge sul federalismo fiscale abbiano cercato di legittimarsi avanzando l'idea che un aumento delle competenze e delle responsabilità avrebbe dovuto fare delle autonomie locali dei soggetti preposti alla rilevazione e soddisfazione di interessi e bisogni territorialmente differenziati, con una conseguente emarginazione dell'uniformità e unilateralità statale. "Ciononostante", prosegue l'a., "è necessario anche considerare come la connessione tra ordinamenti prodotta dalla crisi economica rappresenti un'importante occasione per rendere pienamente operativo il sistema costituzionale italiano, poiché in fin dei conti si chiede ad esso di agire in un ambito sempre meno caratterizzato dalle forme tradizionali della statualità ed in cui dovrebbe essere esaltata proprio la struttura pluralistica della Costituzione" Cfr. quanto già affermava G. BERTI, *Governo tra Unione Europea e autonomie territoriali*, in *Le Regioni*, n.1/2002, p. 9 ss.

² Cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale della pubblica amministrazione come fonte del diritto*, in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto*, Milano 2009, spec. p. 464. Sul punto cfr. anche C. IANNELLO, *Dallo Stato erogatore all'impresa privata, ossia dai diritti di cittadinanza ai diritti «individuali» del cliente*, in *www.federalismi.it*, n.21/2012; A. ARIENZO, *Dalla corporate governance alla categoria politica di governance*, in G. Borrelli (a cura di), *Governance*, Napoli 2004, p. 125 ss. il quale osserva come la riconduzione della *governance* «al panorama delle diverse teorie della conduzione politica (*steering*)» suggerisca che «dietro le politiche di *governance* ci sia sempre presente *the shadow of the State*, l'ombra dello Stato a garanzia dell'esercizio di un potere autoritativo». Si tratta della posizione adottata dall'*Étude annuelle 2012* del *Conseil d'État* in ordine alla *governance* mediante agenzie. Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula amministrazione per risultati*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli 2011; Id., *A proposito del potere, pubblico e privato e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, n. 4/2013, p. 559 ss.

³ Nella tradizione del diritto francese, com'è noto, la distinzione tra *actes d'autorité* e *actes de gestion* ha segnato la trasformazione dal carattere autoritativo di organizzazione e funzionamento dei servizi inerenti alla difesa, alla giustizia, alla polizia ecc., la natura dei quali finiva con lo sposarsi perfettamente con l'idea di un diritto pubblico costruito sui concetti di sovranità e di potere pubblico di uno Stato in sostanza esprimendosi essenzialmente attraverso atti autoritativi, in obbligo di prestazione, quando l'evoluzione della dottrina pervenne alla tesi secondo cui i servizi pubblici fossero rivolti all'erogazione di prestazioni alla collettività. In questo senso L. DUGUIT, *Les transformations du droit administratif, cit., passim*, cfr. anche A. DE LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, Parigi (rist.) 1976, per il quale i principi e le regole speciali del diritto amministrativo non sono meno utili "*des activités de commandement*" (spec. p. 42). Ed è sulla spinta di siffatte conferme dottrinali del

pito pubblico che non possa comportare al contempo un momento autoritativo e un momento di prestazione.

In alcune impostazioni dottrinarie che individuano la convivenza di questi due caratteri nel provvedimento amministrativo, si rileva come essi si atteggiino in modo differente a seconda della modificazione che l'atto opera sulla situazione giuridica incisa, ovvero della presenza o assenza del consenso dell'interessato e non, invece, a seconda del potere esercitato dall'amministra-

ruolo nuovo del diritto amministrativo vero e proprio che il contributo ermeneutico per lo più della giurisprudenza approdò al superamento del binomio “*activités d'autorité*” e “*activités de gestion*” per sostituirlo con le attività di servizio pubblico. Appare immediatamente evidente come la distinzione assunse una rilevanza pregnante, soprattutto in punto di giurisdizione, tanto da indurre alla costituzione dell'écôle *du service public* volta ad individuare anzitutto le tassonomie del nuovo *droit des services publics*. Oggi la dottrina francese avverte il peso di un'eccessiva dipendenza del processo amministrativo dalla giurisprudenza continuamente “pretoria” del *Conseil d'Etat*. Ci si riferisce soprattutto agli studi di G. VEDEL sui quali v. da ultimo, B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, VI, Paris 2002. Ancora, sul tema, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrative secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 217 ss. G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 481 ss.; P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, cit.; L. MONTEFERRANTE, *La disciplina privatistica nell'adozione degli atti di natura non autoritativa della pubblica amministrazione*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2006; L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti autoritativi secondo il diritto privato*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2006; A. VIGNUDELLI, *Economia senza amministrazione o tecnopolitica del mercato?*, in *www.federalismi.it*, n. 14/2006; F. LIGUORI, *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico. A proposito del comma I bis*, in *www.giustamm.it*, n. 11/2006. Per un'analisi recente dell'atto autoritativo nell'ordinamento francese, della sua evoluzione dalla *puissance publique* al *service public*, della sua elaborazione, nonché del contributo della giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, cfr. R. CAVALLO PERIN, *L'elaborazione dell'atto d'autorità in Francia*, in *Annuario AIPDA 2011*, Atti del Convegno annuale, Bari, 30 settembre - 1 ottobre 2011, *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Napoli 2012, p. 265 ss.; nonché D. COSTA, *L'atto autoritativo. L'esperienza francese*, *ivi*, p. 241 ss. Con particolare riferimento alle ripercussioni della distinzione in punto di giurisdizione v. le brevi considerazioni di F. VOLPE, *Il giudice amministrativo si pone sotto assedio (riflessioni sul progetto di codice del processo amministrativo)*, in *www.lexitalia.it*, n. 3/2010; E. FOLLIERI, *Atto autoritativo e giurisdizione. Poteri di trasformazione e poteri di conservazione*, in *Annuario AIPDA 2011*, cit.; L. BUSCEMA *Potestà amministrativa e tutela dei diritti fondamentali all'interno delle aule giudiziarie: profili sostanziali e di giurisdizione con particolare riguardo al diritto alla salute*, in *Consulta on line*, 2012; W. GIULIETTI, *Poteri dispositivi sui beni civici e principi di pubblicità*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2015.

zione nell'emanazione del provvedimento⁴. Sicché il medesimo interesse privato si atterrebbe dinamicamente in modo differente -ora come pretensivo, ora come oppositivo- nel rapporto con l'amministrazione, sol che si pensi alla posizione pretensiva di un soggetto che abbia richiesto una concessione ed alla posizione oppositiva dello stesso allorché veda successivamente revocata la concessione ottenuta.

Tuttavia, la vicenda descritta viene analizzata guardando al rapporto giuridico *tout court*, non scindibile -quanto alla sua disciplina prevista dalla legge- in base al diverso provvedimento che determina l'instaurarsi della vicenda e la revoca della situazione giuridica di vantaggio ad essa connessa. Appare forse più corretto, al fine di dare fondamento all'affermazione della coesistenza dei due momenti -autoritativo e di prestazione- nel provvedimento amministrativo, fare riferimento ai diversi poteri che l'ordinamento attribuisce all'amministrazione per la cura ed il perseguimento ora di uno, ora di altro interesse pubblico (ovvero di un interesse pubblico precedentemente valutato, che però abbia subito nel dinamismo dei rapporti sociali una modificazione evolutiva di rilievo).

L'ordinamento induce, in altri termini, a ritenere che ciascun provvedimento, espressione dell'esercizio del potere conferito per il raggiungimento dello scopo tipico, debba essere considerato separatamente dal provvedimento che interviene in un momento successivo per costituire un nuovo effetto giuridico.

È vero che la diversa prospettiva ricostruttiva segnalata richiama alla mente l'istituto dei motivi aggiunti disciplinato dall'art. 43 c.p.a. che ha concorso a confermare il tendenziale ampliamento dell'oggetto del giudizio dall'atto fino al rapporto complessivamente instaurato tra cittadino e amministrazione; tuttavia questa circostanza sembra condizionare non soltanto l'imputativa

⁴ Cfr. M. MAZZAMUTO, *Amministrazione e privato*, in F. MANGANARO - A. ROMANO TASSONE, *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino 2004. Sul diverso atteggiarsi dell'interesse (*rectius* della situazione giuridica soggettiva) del privato, secondo la modificazione che l'atto opera su di essa cfr. C VARRONE, *L'azione risarcitoria*, *Relazione* al Convegno su "Le situazioni giuridicamente protette", Catania, 24, 25 e 26 aprile 2003, rintracciabile su www.federalismi.it. Si veda, inoltre, sul tema, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano 2008; G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, n. 4/2014, p. 585 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Il procedimento amministrativo ieri, oggi e domani*, in www.federalismi.it, n.5/2015.

Di particolare interesse le osservazioni di F. SAITTA, *L'impatto delle misure anticorruzione sull'attività amministrativa: un primo bilancio (in chiaroscuro) dopo due anni di applicazione*, in F. Mastragostino, G. Piperata, C. Tubertini (a cura di), *L'amministrazione che cambia. Fonti regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, Bologna 2016, 229 ss.

dei provvedimenti consentita, per ragioni di economia processuale, non meno che di effettività della giustizia amministrativa, nell'ambito dello stesso procedimento giurisdizionale, ma anche l'approccio sul piano sostanziale, sicché i due provvedimenti muterebbero nei caratteri, determinando il diverso atteggiarsi degli interessi connessi ora all'una, ora all'altra espressione del potere.

Sembra, invece, di poter affermare che il principio di tipicità presupponga corrispondenza tra il potere amministrativo ed il provvedimento che dell'esercizio di tale potere è il frutto: ciò è imposto, com'è noto, proprio dall'esigenza di offrire le necessarie garanzie al privato quando il suo interesse sia considerato dall'amministrazione meno rilevante rispetto al poizore interesse pubblico.

Se è vero che il momento dell'autorità si rivela in tutti i provvedimenti amministrativi, sia che essi abbiano natura ablatoria, sia -viceversa- ampliativa della sfera dei diritti del destinatario (si pensi all'aggiudicazione di una gara per lavori pubblici accordata al destinatario e di necessità negata agli altri concorrenti o alla concessione di bene o di servizio, accordata ad uno e negata agli altri istanti⁵), occorre, tuttavia, ripensare alla premessa maggiore che

⁵ Cfr. M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950, p. 417 ss. dove si trae la conseguenza per la quale anche nei provvedimenti concessori l'amministrazione attua il momento autoritativo in ragione del fatto che anche l'attribuzione ad un privato di un beneficio particolare comporta l'incisione nella sfera di libertà altrui. Cfr. anche F. LIGUORI, *Note su diritto privato, atti non autoritativi e nuova denuncia di inizio attività*, in *www.giustamm.it*, 2005, il quale individua due nuclei intorno ai quali ruota il concetto di autoritatività: da un lato la capacità del provvedimento di modificare le situazioni giuridiche private, dunque di innovare il preesistente assetto degli interessi; dall'altro il coinvolgimento dei soggetti destinatari della determinazione, il cui consenso non è richiesto affinché si produca l'effetto innovativo. Per alcune considerazioni sulle garanzie offerte dal potere autoritativo dell'amministrazione sia consentito il rinvio al mio, *Studi sull'autoritarità nella funzione amministrativa*, Milano 2005. Da ultimo, A.M. CECERE, *L'amministrazione pubblica nel sistema ordinamentale multilivello in Italia*, in *Amministrazioneincammino.it*, del 25 novembre 2016.

Tutte incentrate sulla natura della (assai spesso incerta) situazione soggettiva vantata dal cittadino di fronte all'esercizio del potere dell'amministrazione, sono le riflessioni di G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, cit., ove l'a. avverte che anche allorché la situazione soggettiva del privato si atteggi in maniera certa come diritto soggettivo o come interesse legittimo, le configurazioni dell'una come dell'altra posizione appaiono assai spesso diversificate: il diritto soggettivo "a seconda che...riguardi direttamente il bene della vita (o l'utilità finale), ovvero la mera legittimità dell'azione amministrativa", in caso di attività amministrativa discrezionale; così per l'interesse legittimo "sussistono (almeno) due diverse configurazioni, dipendenti dal 'collegamento' che si reputi di dover operare con l'utilità pratica (o con il bene della vita), che non può mancare in una situazione soggettiva sostanziale". Sicché, prosegue l'a. "la distinzione tra impostazione strumentale e finale della situazione giuridica soggettiva è 'trasversale' rispetto all'inqua-

pone a fondamento dell'affermazione della coesistenza dei due "momenti" del provvedimento l'incisione che questo opera nella sfera giuridica dei terzi, volgendo piuttosto lo sguardo alla disciplina del potere attribuito all'amministrazione che non può che essere intrinsecamente autoritativo quando è destinato a modificare unilateralmente le situazioni giuridiche che esso incontra anche al di là del consenso dei destinatari con l'imporre, per via delle scelte effettuate dall'amministrazione, il regolamento di interessi sotteso alla decisione. Ciò che forse è sufficiente a proporre una definizione di provvedimento autoritativo.

D'altro canto, la tutela della sfera giuridica di colui che subisce un provvedimento negativo - *recte* contrario ai suoi interessi proteggibili - (l'interessato pretermesso nel procedimento di concessione di bene, nell'esempio proposto), induce l'autorità pubblica di mettere in moto il sistema delle garanzie, nel quale si identifica il momento autoritativo⁶. Può dirsi, infatti, che sia proprio nel carattere autoritativo -ma anche soltanto unilaterale -⁷ del provvedimento che le posizioni soggettive dei privati trovano la necessaria tutela.

drammento in termini di interessi legittimi o diritti soggettivi. E probabilmente finisce per superare quest'ultima alternativa" (p. 586-587). Si veda anche Id., *Dal dilemma diritto soggettivo - interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale - interesse finale*, in *Dir. amm.*, n. 3/2014, con ampi ed accurati riferimenti al contributo delle riflessioni scientifiche del compianto prof. Antonio Romano Tassone sul tema.

L. BUSCEMA, *La responsabilità erariale dei pubblici dipendenti in conseguenza della violazione dei principi costituzionali di buon andamento, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa*, in *www.lexitalia.it*, n. 7/2013, poggia sul principio generale del buon andamento che regge l'intera attività amministrativa, per individuare le garanzie dell'autoritarietà verso i diritti vantati dal cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, nei doveri d'ufficio dei pubblici dipendenti, soffermandosi sul *vulnus* che l'inosservanza dei doveri d'ufficio del pubblico dipendente arreca "all'efficienza, all'efficacia ed al buon andamento dell'azione amministrativa" al buon nome dell'amministrazione. Per un'analisi del pensiero di Giorgio Berti in tema di potere autoritativo, attività consensuale e garanzie, cfr. S. BIGOLARO, *La partecipazione del privato al procedimento amministrativo e gli accordi ex art. 11 della legge n. 241 del 1990*, in *www.lexitalia.it*, n. 7/2014.

⁶ In questi termini F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.* 1995, p. 1 ss. Sulla *ratio* e il funzionamento del sistema delle tutele di fronte al provvedimento autoritativo e all'attività di diritto privato dell'amministrazione v. le interessanti riflessioni di A. ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato*, in *www.giustamm.it*. 2006. Tutto incentrate sulle garanzie multilivello nell'amministrazione secondo la Costituzione, è il lavoro di A.M. CECERE, *L'amministrazione pubblica nel sistema ordinamentale multilivello in Italia*, cit.

⁷ Secondo Alb. ROMANO è l'unilateralità -non necessariamente l'autoritarietà- della previsione di esercizio del potere l'elemento sufficiente a fondare la "forza" dell'amministrazione nei confronti dei destinatari delle scelte amministrative (cfr. *infra* sub nota 12 sul contributo dell'a. nelle *Riflessioni dal Convegno di Bari: Auto-*

Questa affermazione appare condivisa dalla parte maggiore della dottrina che si è occupata della vicenda dell'atto autoritativo: pur svolgendo le proprie considerazioni sulla base di premesse differenti e spesso contrastanti, si approda all'affermazione di un netto contrasto tra le istanze di libertà e la "sacralità" del potere autoritativo, evidenziando assai spesso la "crisi" del provvedimento che ha lasciato il posto all'innegabile impostazione garantista del procedimento, luogo di emersione delle istanze consensuali dei destinatari dell'esercizio del potere e della soddisfazione delle stesse.

Eppure, non appena si volga lo sguardo al sistema delle garanzie, ciascun si avvede della effettività delle protezioni predisposte dal legislatore proprio nell'ambito di un *iter* procedimentale concepito per la formazione del provvedimento unilaterale, più o meno autoritativo, che colà, appunto, trova la sua sede naturale⁸.

ritarietà, consenso e ordinamento generale, in *Annuario AIPDA*, Napoli 2012, *cit.*, p. 363 ss.).

⁸ Si vedano, in proposito, le considerazioni svolte da G. FALCON, *Considerazioni sui temi della III sessione*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, *cit.* il quale rileva come "l'atto autoritativo ... dispone di un regime speciale, di una forza speciale, di fronte alla quale, però, stanno anche garanzie speciali" per gli interessati" (p. 315). Si vedano inoltre M.P. CHITI, *Considerazioni di sintesi sulla II sessione*, in *Annuario AIPDA*, Napoli 2012, *cit.* p. 233 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Autoritatività e/o imperatività dell'atto amministrativo nell'analisi comparata degli ordinamenti italiano e statunitense*, *ivi*, p. 187 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Relazione conclusiva*, *ivi*, p. 383 ss., il quale, tuttavia sottolinea come l'attività amministrativa che "si svolge mediante atti e attività giuridiche, atti giuridici produttivi di effetti nei confronti di soggetti terzi, ovvero atti giuridici preparatori o istruttori rispetto ai primi, si esprime in larga misura in attività contrattuali", sicché la questione rilevante è stabilire "dimensioni e limiti nei quali il modulo di diritto pubblico penetra nella stessa attività contrattuale"; ancora G. FALCON, *Considerazioni sui temi della III sessione*, *cit.*, il quale rileva come la formulazione originaria della norma di cui all'art. 1 della legge 241 del 1990 poggiava sulla convinzione -che l'a. definisce del tutto sbagliata- per la quale il diritto privato offrirebbe agli interessati maggiori garanzie rispetto al diritto amministrativo; l'erroneità di questa convinzione troverebbe, peraltro, conferma nella circostanza per la quale lo stesso legislatore nel riformulare l'art. 1 della legge 241 (cioè nell'aggiungere "nell'adozione di atti di natura non autoritativa"), "trasforma il diritto amministrativo nel diritto normale della funzione pubblica...e ci dice che atti di collocazione incerta possono assumere il regime del diritto amministrativo": l'a. offre una visione dell'intervento del legislatore del 2005 tutta incentrata proprio sulla acquisita consapevolezza delle maggiori garanzie che il diritto amministrativo offre al privato di fronte all'esercizio del potere autoritativo. Sicché, atti come l'aggiudicazione di un appalto, cioè l'assegnazione del contratto che di per sé non ha connotazione autoritativa, tuttavia viene ricondotto a quella disciplina, al fine di garantire - come sollecitato già nel 1999 dalla Corte di giustizia nella sentenza *Alcatel Austria*- che l'atto abbia rilievo esterno, ciò che è impossibile se esso resti "nascosto come un atto privatistico negli *interna corporis* della

Sicché è agevole rilevare un errore di prospettiva in quello che assai spesso viene definito come uno iato tra le istanze consensuali o contrattualistiche ed il potere unilaterale o autoritativo: sembra doversi condividere, dunque, la tesi per la quale nel nostro sistema ordinamentale la “fuga” dalla discrezionalità e dal provvedimento espressione del potere per affermare le ragioni del consenso e del contratto, implichi l’elusione dell’insieme delle garanzie previste dal legislatore nella disciplina dell’esercizio del potere autoritativo⁹.

Nel caso esemplificato, infatti, è soltanto la discrezionalità nel *quid*, l’esercizio del potere autoritativo, che consente al privato di mantenere le garanzie predisposte dall’ordinamento giuridico: la forza del potere segna un momento di garanzia per la libertà del cittadino che, quando illegittimamente compressa, trova adeguata tutela nel procedimento e dinanzi al giudice (si pensi alle diverse vicende dell’affidamento del cittadino di fronte all’illegittimo -o, talvolta, al legittimo, ma non connotato da correttezza o buona fede-esercizio del potere di revoca); al contrario, l’autonomia negoziale esercitata dai pubblici poteri può finire per dar vita ad ingiustificate (almeno perché prive di motivazione) compressioni della libertà¹⁰.

procedura... e, in particolare, (che sia) aperto all’impugnazione dei terzi interessati”, perché il regime dell’atto autoritativo è “accompagnato da garanzie per gli interessati più e meglio di quanto accadrebbe se l’atto fosse semplicemente riportato al diritto privato”, (p. 315). Su quest’ultimo episodio sia consentito rinviare a quanto avevo a suo tempo osservato, in *Austria (in)felix e giurisdizione di annullamento*, in *Riv. dir. pubbl. comunit e comp.*, n. 2 2000.

⁹ In questi termini F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, n. 2/2002. D’altro canto, se è vero, come emerge dalle riflessioni svolte, in particolare nei due capitoli che precedono (cfr. capitoli VI e VII), che le autorità istituite *ad hoc* e poste a presidio almeno tendenzialmente neutrale dei vari settori del mercato, dell’economia e della finanza, nonché della garanzia dei diritti dei cittadini, godono in maniera sempre più rilevante (si pensi ai poteri normativi dell’ANAC) di un ampio potere discrezionale -anche se spesso caratterizzato da un esasperato tecnicismo che, come si è rilevato, attenua il sindacato del giudice-, potrebbe dirsi che il rischio della fuga dalla discrezionalità e dal provvedimento abbia registrato negli ultimi 2 lustri, una netta inversione di tendenza, esprimendo, per questa via una chiara preferenza per le garanzie poste a presidio del potere unilaterale, autoritativo. Sull’esaltazione della tecnica del consenso che, da mezzo, diventa fine stesso dell’agire amministrativo, A. SATURNO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova 2006; M. SINISI, *Introduzione allo studio del potere autoritativo*, Roma 2009; D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Annali III, Milano, 2010; M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall’accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, n.1/ 2010; C. MARZUOLI, *Atti amministrativi e atti della pubblica amministrazione. 1° report annuale 2011 - Italia*, in *Jus publicum 2011*; M. CORASANITI, *La nuova attività della p.a. tra autorità e consenso*, in www.giuristidiamministrazione.com, dicembre 2015.

¹⁰ Sul tema dell’attività consensuale, in particolare degli accordi della pubblica amministrazione i contributi della dottrina sono numerosissimi. Sia consentito qui il rinvio a quella dottrina che non ha mai abbandonato questo tema nelle sue rifles-

Se, infatti, l'amministrazione riceve dalla norma attributiva il potere di graduare gli interessi e giustificare il sacrificio di quelli privati, pur con adeguata motivazione per la cura dell'interesse pubblico, dovendo agire, attraverso gli organi competenti, nel rispetto delle norme di legge (buona fede, ragionevolezza, proporzionalità, ecc.), quegli interessi non possono che essere specificamente protetti, dunque legittimi e trovare garanzia proprio nel corretto esercizio del potere discrezionale, quand'anche esso comporti astrattamente anche il loro sacrificio.

È l'utilizzo ragionevole, proporzionato e adeguato del potere discrezionale a connotare la legittimità dell'esercizio del potere autoritativo: ed è dunque anzitutto nella considerazione ponderata e comparativa degli interessi, che è propria dell'esercizio del potere discrezionale, che le posizioni giuridiche dei privati trovano la misura della garanzia per la loro tutela¹¹.

sioni, e proprio per questa ragione è nelle condizioni di offrire un'analisi critica più completa e raffinata nel tempo: cfr. G. GRECO, *Il regime degli accordi pubblicistici*, in *Il diritto dell'economia*, 2001, p. 561 ss.; Id., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione, tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 413 ss.; Id., *Attività consensuale dell'Amministrazione e ruolo del cittadino*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, p. 457 ss.; Id., *L'attività amministrativa per accordi* in *Riv. Guardia di Finanza* 2003, p. 449 ss.; Id., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in F.G. Scoca, F. Roversi Monaco, G. Morbidelli (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino 2003; Id., *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti "Gli studi di Antonio Amorth sull'attività contrattuale della pubblica amministrazione"*, in V. Gasparini Casari (a cura di), *Il pensiero giuridico di Antonio Amorth nel quadro dell'evoluzione del diritto pubblico ed amministrativo. Atti del Convegno di Studi*, Milano 2005, p. 95 ss.; Id., *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Saggi ordinati in sistema, Napoli 2006, p. 69 ss.; Id., *Accordi amministrativi e principio di legalità*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2007, Varenna, 2008, pag. 429 e ss.; Id., *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2009, p. 820 ss.; Id., *Argomenti di diritto amministrativo*, Volume I, Parte Generale, Milano, 2013; Id., *Argomenti di diritto amministrativo*, Volume II, Parte Speciale, Milano 2013.

Una cospicua trattazione del tema è anche in D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano 1998.

¹¹ Inoltre, cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2016, p. 361 ss.; G. PEPE, *I principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, in *Eurilink* 2012 ritiene vi sia una tutela del cittadino rafforzata anche in ragione di un maggior controllo sulla funzione pubblica grazie allo scrutinio di proporzionalità; A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi*, Milano 2013. Precisa E. FOLLIERI, *Atto autoritativo e giurisdizione*, cit., p. 43 ss., come sia proprio l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione a dare maggiori

Sicché la tutela più continua e affidabile che il privato può ricevere si individua proprio in occasione dell'emanazione, previo procedimento, di un provvedimento amministrativo di natura unilaterale: il legislatore ha scelto -come è noto-, per il raggiungimento dell'obiettivo normativamente previsto, la via del procedimento amministrativo che -si pensi soltanto per un attimo alla rilevanza della motivazione tanto più dettagliata e completa quanto più invasivo è il provvedimento unilaterale secondo la giurisprudenza- assicura l'evidenziazione e la ponderazione dei diversi interessi ed ha garantito la sindacabilità delle scelte compiute dall'amministrazione sotto il profilo funzionale, affidando alla tutela degli interessi coinvolti nel procedimento, uno strumento utile a dare piena garanzia alle aspettative private¹², senza nulla togliere alla

garanzie al cittadino, soffermandosi brevemente sulla previsione legislativa (art. 21 *octies* della legge 241 del 1990) della non annullabilità degli atti prodotti nell'esercizio di un potere vincolato: in sostanziale adesione, l'a. ritiene che la realizzazione dell'interesse pubblico specifico da parte dell'amministrazione nell'esercizio di un'attività discrezionale, passi necessariamente per il rispetto "della legittimità anche formale e procedimentale dell'azione amministrativa e dei principi che regolano l'esercizio del potere discrezionale", per il rispetto, quindi delle garanzie predisposte dal legislatore per i soggetti privati. Soltanto se, infatti, alla base della trasformazione che produce il provvedimento vi è un potere vincolato, "la conformità alle norme procedimentali e formali non è più necessaria, qualora *sia palese che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato...*, ai fini della produzione degli effetti perché l'atto non è annullabile" (p. 53). Si "perdona", insomma, all'amministrazione di non aver rispettato l'area della neutralità, cioè le norme formali e procedimentali, ma anche di non aver rispettato le garanzie dei privati, in virtù del fatto che ha violato la legge nell'esercizio un potere vincolato: "la comparazione degli interessi e la scelta di quello prevalente in caso di potere vincolato, l'ha eseguita la norma sulla produzione dell'atto amministrativo, in via generale ed astratta ed una volta per tutte, per cui se, nel concreto, si è fatta corretta applicazione della previsione normativa, tanto che il dispositivo del provvedimento non può che essere quello, l'assoluzione dal mancato rispetto delle norme ...si spiega perché non si deve verificare nel concreto se l'interesse pubblico dovesse o meno essere soddisfatto: la trasformazione è a soddisfazione garantita perché l'ha stabilito la norma, a cui la pubblica amministrazione dà mera attuazione".

¹² Anzitutto per questo, è impensabile l'idea di rinunciare al potere autoritativo (come alcune scuole di pensiero sono propense a suggerire sempre più pressantemente nell'ambito del dibattito della dottrina), con la conseguenza di privare l'amministrazione di uno strumento essenziale per il conseguimento, tuttora necessario come nessuno dubita, di alcune finalità fondamentali e previste nella Carta costituzionale, tuttavia non ancora realizzate, che implicano di necessità sacrifici per alcuni interessi dei cittadini.

D'altro canto, avverte Alb. ROMANO, *Riflessioni dal Convegno: Autoritarietà, consenso e ordinamento generale*, in *Annuario AIPDA*, Napoli 2012, *cit.*, p. 363 ss., non è affatto detto che la sottrazione (più o meno ampia) alle amministrazioni di poteri autoritativi comporterebbe risultati favorevoli per i cittadini o per l'intera collettività;

ampiezza estrema della ricorribilità al giudice amministrativo come disegnata dall'art. 113 Cost.

Garanzie che rappresentano il condensato di un ordinamento giuridico che risolve anzitutto in sé l'intima contraddizione posta proprio dall'*irresistibile* potere autoritativo; garanzie, peraltro dirette a "riequilibrare" un rapporto (quello tra libertà e autorità) necessariamente *diseguale*, sicché anche il sistema di tutela dovrà essere *diverso* (meglio: speciale) rispetto a quello ordinario, *inter privos*, segnato dalla disuguaglianza delle posizioni

anzi, assai spesso è il loro incremento a garantire in modo più incisivo il benessere della collettività perché l'ordinamento non può rinunciare a conformare, ad esempio, i comportamenti individuali che le attività liberalizzate (ai sensi dell'art. 19 della legge 241 del 1990) possano concretare; con lo scopo di circoscrivere quelle lecite ed individuare (al fine di inibire e sanzionare) quei comportamenti che, invece, arrecherrebbero un danno (per esempio ambientale) alla collettività. Con l'ovvia conseguenza che "l'ordinamento stesso, non potrebbe non attribuire a tali amministrazioni, poteri di carattere inibitorio e sanzionatorio nei confronti di quei comportamenti effettivamente tenuti, quando questi fossero trasgressivi di disposizioni che diversamente li disciplinassero".

Nelle considerazioni di carattere generale dell'a., si scorge una risposta a quelle posizioni dottrinarie che criticano la mancata previsione della consumazione del potere amministrativo, una volta trascorsi trenta giorni dal ricevimento della scia, ma più in generale si risponde a chi propugna la riduzione del potere autoritativo e l'incremento della consensualità e, più in generale, del diritto privato nell'amministrazione.

Peraltro, è ben comprensibile la diffidenza verso l'azione amministrativa, che queste posizioni dottrinarie evidentemente nutrono, contestando, rileva l'a., sia la legittimazione sostanziale delle amministrazioni "in termini di effettiva loro imparzialità, e di buon andamento ed efficienza della loro azione; e ciò, anzitutto nelle loro componenti elettive, e, poi, anche burocratiche, per la dissennata gestione che dei rapporti di impiego una volta generalmente pubblici, e soprattutto di quelli poi privatizzati, è stata fatta in questi decenni, tanto sul piano legislativo che su quello amministrativo e negoziale". Il risultato è un'amministrazione incapace di "perseguire efficacemente gli interessi in esse soggettivati"...la cui realizzazione costituisce la loro stessa ragion d'essere: quella che ne fonda l'istituzione e ne giustifica la sopravvivenza" (p. 367-368). Da questo, ricorda l'a., deriva l'indebolimento del potere autoritativo, non invece da un progressiva propensione alla conciliazione e all'uso di modelli consensuali per la composizione dei diversi interessi.

Tuttavia, occorre por mente alla circostanza per la quale le conseguenze negative e pregiudizievoli per i "comuni cittadini", sembrano derivare sempre più, non dalle attività delle amministrazioni, bensì di altri cittadini, nell'esercizio "delle loro capacità di diritto privato, o di semplici facoltà, o da loro comportamenti di mero fatto" (p. 368). Sicché non sono i poteri autoritativi dell'amministrazione a dover subire una drastica riduzione per garantire maggior benessere ai cittadini; questi anzi, andrebbero potenziati di pari passo con il potenziamento progressivo della capacità dei soggetti privati di esplicare le loro facoltà liberamente, al fine di consentire all'amministrazione di curare l'interesse pubblico (o, se si preferisce, collettivo) che, altrimenti, resterebbe privo di protezione.

delle parti, quindi strutturato in modo differente per tenere conto di questa diseguaglianza¹³.

2. *Le Commissioni tributarie e il Garante del contribuente*

Alla ricerca di una neutralità da offrire -come un altro qualsiasi bene di rilievo, un vantaggio, un *favor*- al cittadino che si ritenga direttamente leso in un proprio interesse patrimoniale dalla scelta amministrativa di un organo particolarmente dotato di autoritarierità, come è il Ministero dell'economia e delle finanze (o da un corrispondente organo nell'ordinamento regionale), ci si imbatte, ad esempio, in un'organizzazione di pubblici uffici amministrativi -questa volta delle "finanze"- che esprime organi collegiali a composizione mista di giudici togati e di esperti dell'economia aventi la funzione di conoscere delle istanze contenziose del contribuente.

Le Commissioni tributarie nascono, infatti, come organi tipicamente amministrativi giustiziali, che, sia pure in forme non certo perfette né del tutto garantite, offrono neutralità con la loro giurisprudenza "interna" all'amministrazione e, nel seguito dei gradi di giudizio, pervengono, presto o tardi, mediante l'attività della Commissione centrale, alla nomofilachia¹⁴.

¹³ Osserva V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale della pubblica amministrazione come fonte del diritto*, cit., loc. cit., pag. 458, che nel nostro ordinamento la scelta è stata ancora più radicale: "essa, invero, nell'aspirazione naturale al superamento della contraddizione al principio di parità delle posizioni d'interesse conviventi, può risolversi nella compressione della potestà discrezionale sin nello stesso luogo in cui questa si sprigiona e, nel concreto dei rapporti giuridici, viene esercitata. La specialità della strutturazione della tutela contro gli atti di esercizio della potestà amministrativa può spingersi allora fino ad inserire *nella stessa organizzazione* donde la ragione della tutela ha preso le mosse -e profittando soprattutto della sua ampiezza e della distanza che spesso intercorre tra gli uffici e tra gli organi ivi insediati- principi, istituti e istanze di garanzia delle posizioni giuridiche dei cittadini".

¹⁴ A.F. URICCHIO, *L'amministrazione nella giustizia tributaria*, Padova 2000; G. SELICATO, *La tutela del contribuente tra procedimento e processo*, Tavola rotonda a latere della *Lectio Magistralis* del Prof. Andrea Parlato, Università degli Studi di Bari Aldo Moro, giovedì 18 ottobre 2012. Peraltro, osserva A. CARIOLA, *L'unità della magistratura*, in *www.federalismi.it*, n. 11/2015 che "l'esistenza di più organi di autogoverno non è immune da inconvenienti pratici che integrano profili di irrazionalità e di incostituzionalità. Si pensi al Consiglio di presidenza della giustizia tributaria, competente ad applicare su iniziativa del presidente del Consiglio dei ministri o del presidente della commissione tributaria regionale i provvedimenti disciplinari nei confronti dei componenti le commissioni tributarie, artt. 15-16, d.lgs. n. 545/1988. Ne discende che i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, i quali oggi fanno parte in gran numero delle commissioni tributarie, sono assoggettati assieme alle competenze disciplinari dei rispettivi organi di autogoverno a quelle di competenza del Consiglio di presidenza della giustizia tributa-

Ma nella successiva valutazione ordinamentale, che vede la giustizia tributaria assumere valore giurisdizionale, la neutralità è assicurata dalla presenza del giudice togato che presiede e del suo vice, che spesso è anch'egli un magistrato togato, inoltre dai componenti "laici" portatori di esperienza specifica nei settori diversi dell'economia con la vigente articolazione in due gradi -Commissione provinciale e regionale- in sede decentrata e con l'immediato sbocco di ogni controversia non ancora composta dinanzi alla Sezione specializzata della Corte di cassazione, autrice al massimo livello di autorevolezza della nomofilachia¹⁵.

Con sentenza n. 6 del 29 gennaio 1969 la Corte costituzionale aveva qualificato come organi amministrativi le Commissioni comunali per i tributi locali (artt. 47 e 51 l. 703/1952) e, il giorno successivo, con sentenza n. 10 del 30 gennaio 1969 la stessa Corte aveva annoverato tutte le Commissioni tributarie tra gli organi della pubblica amministrazione, argomentando da ciò la loro incompetenza a sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Cinque anni dopo, con sentenza 287/1974, dovendo valutare la nuova normativa *medio tempore* intervenuta, con specifico riferimento alla legge delega 1971 n. 825 ed al decreto delegato 26 ottobre 1972 n. 136 dettato in materia di contenzioso tributario, la Consulta si sofferma sulla legge delega, che all'art. 10, n. 4, affida al Governo il compito di procedere «alla revisione della composizione, del funzionamento e delle competenze funzionali delle Commissioni tributarie, anche al fine di assicurarne l'autono-

ria. Verrebbe da chiedersi, a questo punto, se possa rimanere senza conseguenze sul piano disciplinare a carico, ad esempio, di un magistrato ordinario l'irrogazione di una sanzione disciplinare da parte del competente del CSM, ma di tale Consiglio di presidenza, o se invece alla "prima" sanzione non debba seguire almeno l'apertura di un ulteriore procedimento disciplinare presso il CSM, per la lesione inferta da quel giudice all'immagine della magistratura. Senonché, a questo punto risulterebbe violato il divieto garantista di *ne bis in idem* nel campo disciplinare e, per quanto qui rileva, sarebbero lese le attribuzioni del CSM sui giudici, *id est* le garanzie di indipendenza di questi ultimi. Insomma, l'intero assetto organizzativo risulta segnato da incongruenze discendenti dall'idea di "confezionare" singoli abiti per i vari corpi giudiziari". L'a. conclude rilevando un'estrema difficoltà nel tentativo di dare una copertura costituzionale alle norme di cui all'art. 31, l. n. 186/1982 e art. 32, d.lgs. n. 545/1992, che assegnano al presidente del Consiglio dei ministri «l'alta sorveglianza su tutti gli uffici e su tutti i magistrati» amministrativi e «sulle commissioni tributarie e sui giudici tributari». Si veda anche A. LANZAFAME, *L'estensione di competenze del giudice contabile: le anomalie di un giudice che appare alla ricerca di identità e con un processo di serie minore*, in www.leggioggi.it del 27 aprile 2014.

¹⁵ Sul divieto per i componenti delle commissioni tributarie di partecipare a collegi arbitrali o assumente incarichi di arbitro unico, disposto dall'AVCP per impedire l'inquinamento della neutralità, v. L. MAZZEI, *Il diritto intertemporale negato (osservazioni a determina dell'A.V.C.P. n. 6 del 18 dicembre 2013)*, in www.lexitalia.it, n. 4/2014.

mia e l'indipendenza, ed in modo da garantire l'imparziale applicazione delle legge».

Conclude a questo punto la Corte costituzionale: «Non si può disconoscere che, di fronte al ricordato contrasto giurisprudenziale in ordine a quel problema, il legislatore avesse il potere di rimuovere ogni incertezza: e per le cose dette è indubbio che la legge, indirettamente ma sicuramente, abbia imposto una soluzione nel senso della giurisdizionalità delle commissioni tributarie. Di ciò la Corte costituzionale non può non prendere atto e concludere in conseguenza per la non fondatezza delle proposte questioni di costituzionalità. Ed infatti, se le Commissioni tributarie erano ormai organi di giurisdizione, e le questioni di semplice estimazione avevano in esse il proprio giudice, non possono ritenersi contrarie all'art. 113 della Costituzione le norme delle varie disposizioni di legge che ne sottraevano l'esame all'autorità giudiziaria ordinaria. E per gli stessi motivi, come apparve ovvio, deve ritenersi infondata anche la questione di costituzionalità proposta in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione».

Alla conclusione dell'evoluzione normativa ed interpretativa sulle commissioni tributarie può, dunque, dirsi che la loro natura giurisdizionale, riconosciuta ormai nell'ordinamento derivato specifico, consente di individuare nei compiti loro affidati e nel quadro normativo di indipendenza all'interno del quale sono state strutturate dalla legge delega funzioni neutrali, come neutrale per definizione è ogni funzione giurisdizionale.

È andata dispersa, dunque -almeno per diritto positivo- una rilevante presenza di funzione amministrativa neutrale nell'ordinamento.

Senonché, in quella stessa struttura ministeriale, l'istituzione di un organo collegiale denominato Garante per il contribuente¹⁶, recata dallo Statuto dei diritti del contribuente -art. 13, l. 27 luglio 2000, n. 212-, sembra quasi vo-

¹⁶ Sul quale cfr. almeno F. D'AYALA VALVA, *Dall'Ombudsman al Garante del contribuente. Studio di un percorso normativo*, in *RTDP*, n. 11/2000, p. 1037 ss., nonché S. CASSESE, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, ivi 1998, p. 1015 ss. Si veda, inoltre, in particolare sul potere del Garante del contribuente di attivare la procedura di autotutela per l'annullamento degli atti emanati dall'Amministrazione finanziaria, P. PORZIO, *Autotutela dell'Amministrazione finanziaria e danno erariale*, in *www.lexitalia.it*, n. 10/2013.

Si è già rimarcato più volte come nel nostro ordinamento il ridimensionamento (o la riqualificazione¹⁷) della presenza pubblica nell'economia e la ormai acquisita consapevolezza dell'impossibilità sotto il profilo dell'effettività di pervenire ad una tutela corretta ed esaustiva di specifici interessi collettivi di rilevanza costituzionale con l'utilizzo dei tradizionali strumenti normativi, amministrativi e giurisdizionali, ha dato vita ad una rapida diffusione del modello organizzativo delle autorità amministrative indipendenti. Si è anche detto (e argomentato criticamente) come queste ultime, secondo una parte della dottrina s'inseriscono nel rapporto Stato-cittadino esercitando funzioni amministrative ritenute neutrali, di direzione, controllo e garanzia di specifici settori.

ler compensare e riequilibrare la bilancia dell'azione finalistica e dell'azione neutrale arricchendo il quadro della neutralità dell'ordinamento tributario, un ordinamento che per secoli è stato definito emblematicamente come insieme di norme, consuetudini, prassi applicative, culture e nozioni specifiche, tutte organizzate in funzione della cura per le "ragioni" del fisco: imposte e gestione patrimoniale, atti sempre autorizzativi in difesa dell'interesse del fisco e con larga penetrazione dei principi di trasparenza e loro derivati, presenti e condizionanti l'attività degli altri dicasteri.

È vero che il Collegio di garanzia del contribuente -sedente presso le direzioni regionali delle entrate- è di nomina governativa, ma la sua indipendenza appare garantita -forse in modo singolare- proprio dalle competenze che la norma di legge gli assegna: si pensi al potere di attivare la procedura di autotutela nei confronti degli atti amministrativi di accertamento o di riscossione notificati al contribuente; a quello di *richiamo degli uffici* al rispetto della normativa in tema di informazione e garanzia del contribuente sottoposto a verifiche fiscali e al rispetto dei termini per il rimborso del credito d'imposta; a quello della richiesta di chiarimenti o documenti agli uffici competenti che sono tenuti all'adempimento entro 30 giorni; alla facoltà di rivolgere ai loro dirigenti formali raccomandazioni, ai fini della tutela del contribuente, ecc.

Anche l'individuazione dei destinatari della relazione semestrale redatta dal Garante del contribuente non è priva di significato. La relazione, infatti, va presentata con periodicità semestrale al Ministero dell'economia e delle finanze, al direttore regionale delle entrate, ai direttori compartimentali delle dogane e del territorio nonché al comandante di zona della guardia di finanza, per informarli sull'attività svolta, individuando gli aspetti critici più rilevanti e prospettando le relative soluzioni.

A ben vedere, può forse dirsi che è la stessa pluralità di destinatari, in guisa di *testimoni* dell'impegno e del rispetto dei limiti di competenza da parte del Garante, a dimostrare la particolare cura del legislatore nel disegnarne la neutralità delle funzioni.

Forse l'aspetto più rilevante delle funzioni neutrali del Garante può individuarsi nella responsabilizzazione dell'amministrazione fiscale verso il buon andamento e l'imparzialità nello stesso senso nel quale siffatti valori dell'organizzazione e necessariamente della conseguente attività amministrativa sono stati costituzionalizzati all'art. 97, 1 co. Cost.

Anche nel settore tributario il legislatore si è orientato in questa direzione, inserendo il Garante del contribuente "nella filosofia dei nuovi rapporti tra l'Amministrazione finanziaria ed il contribuente, sanciti emblematicamente dallo Statuto del contribuente". Così C. SACCHETTO, *Il Garante del contribuente: prime esperienze in Italia e all'estero*, in *Riv. GdF* 2005, n. 2. Occorre però verificare se le funzioni esercitate dal Garante possano ritenersi effettivamente neutrali ovvero se esse presentino caratteristiche che avvicinano il loro esercizio alla rappresentazione e cura di un interesse pubblico o, più in generale, di una *mission*, sia pure mista epperò impropria.

Certo l'art. 13, co. 11 dello Statuto è l'arma più appuntita offerta dall'ordinamento al Garante, perché gli consente di provocare un procedimento disciplinare verso il funzionario scorretto.

Ma anche nella fase di prevenzione di eventuali illegittimità perpetrate dagli uffici contro i contribuenti: in base all'art. 13, co. 6 dello Statuto il Garante pretende una motivazione dagli uffici che non abbiano ritenuto di adeguarsi alla sua segnalazione. Egli può segnalare, in particolare, la sua insoddisfazione ai responsabili degli uffici oppure ai superiori gerarchici del funzionario che non abbia tenuto conto adeguato di un suo intervento: questa facoltà indubbiamente rafforza la sua posizione complessiva di operatore che deve ricercare un equilibrio costante nell'ambito del rapporto tra contribuente e fisco.

Come è stato osservato, forse la funzione più razionalmente utile del Garante potrebbe individuarsi nella sorveglianza di quei comportamenti spesso antigiuridici dei verificatori -in azienda e in ufficio- che sfuggono, in ragione della loro ritenuta, mera irregolarità, allo scrutinio di legittimità delle Commissioni e della Corte di cassazione, anche per il pregnante motivo che, per un verso, non si sostanziano ancora in vere e proprie illegittimità e, per l'altro, sono tuttavia già idonee a provocare ingiusti danni ai contribuenti. Non sono comportamenti illegittimi perché manca una precisa norma di legge a regolarli, ma potrebbero diventarlo, sulla base dei principi e date le premesse, qualora non si intervenga *ab extra* per contrastarli e farli cessare.

Può dirsi insomma che il legislatore abbia colto, questa volta, l'occasione di istituire un organo a difesa delle ragioni del contribuente, attribuendo a quest'ultimo una veste sufficientemente caratterizzata dalla neutralità assume siffatta funzione amministrativa neutrale soprattutto in questo spazio lasciato libero dalla legge, in quanto il Garante è stato chiamato dall'ordinamento a neutralizzare gli eventuali abusi dai quali, diversamente non potrebbe dirsi difeso il contribuente.

Tuttavia, se è vero che anche l'ordinamento tributario appronta strumenti amministrativi per neutralizzare appunto gli effetti che l'applicazione non corretta della legge può produrre, è anche vero che in quell'ordinamento vige un principio generale qualificato (pur impropriamente) in modo ormai univoco come principio della neutralità fiscale.

Ma neutralità è -come si è detto- nozione di sfida della coerenza dell'ordinamento derivato: infatti, se è vero che il carattere "neutrale" «è un essenziale segno distintivo dell'attività giurisdizionale, -cioè il carattere di attività che si svolge in posizione di estraneità ed indifferenza rispetto alla materia e agli interessi dei soggetti nei cui confronti opera-», proprio una neutralità in tal modo costruita «pone il problema della distinzione di quella attività rispetto alle altre attività pubbliche dello Stato, cui deve essere ugualmente riconosciuto l'attributo della "neutralità"»¹⁷.

¹⁷ A. M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, cit. (p. 200 della *Riv. dir. proc.*, 1964).

Come osserva Sandulli, il parametro da applicare per l'individuazione di una situazione o di un'azione neutrale, non può essere la legge nel suo formarsi in Parlamento, perché questa è frutto di una maggioranza che normalmente è contrastata dall'opposizione.

Tuttavia deve riconoscersi neutralità anche alla norma di legge, anzi, questo riconoscimento è essenziale al sistema schematicamente riguardato dello Stato di diritto: a ben vedere, infatti, una volta entrata nel recinto mobile dell'ordinamento giuridico generale, con la sua pubblicazione in gazzetta ufficiale e con l'eventuale decorso del termine ordinario di efficacia di quindici giorni, la legge ordinaria si «stacca dall'atto normativo», nonché «dai caduchi interessi particolari del momento della legiferazione» fino a formare con l'ordinamento giuridico -anzi in esso- «un'indissolubile unità organica, dando ad esso colore e ricevendone a un tempo»; e, in questa fase, -secondo la conclusione dell'illustre giurista- la legge perde il «carattere di parte» per acquistare definitivamente obiettività e neutralità ciò che «è proprio dell'ordinamento, nella sua permanente unità e, a un tempo, in ogni sua componente».

3. Su alcune forme di neutralità “impropria”: la funzione giustiziale tra autotutela e autodichia

Sembra di poter osservare a questo punto che il sistema di tutele e di garanzie che emerge dall'ordinamento giuridico, impone l'individuazione di organi riconducibili, già dalla loro preposizione allo svolgimento di funzioni neutrali seppure di una neutralità di tipo particolare, che caratterizza talune decisioni contenziose amministrative: una considerazione a sé merita, infatti, la funzione in senso proprio giustiziale, esercitata dall'amministrazione allorché un soggetto che si ritenga leso da un provvedimento amministrativo, e lo ritenga illegittimo o, talvolta, anche inopportuno, proponga un ricorso amministrativo contro quel provvedimento¹⁸.

Si sono già dedicati alcuni cenni alla funzione giustiziale, esercitata in condizioni determinate dalle autorità indipendenti, ora si vuole brevemente rivolgere l'attenzione ad alcune essenziali considerazioni sulla qualificazione neutrale della funzione giustiziale affidata all'amministrazione dall'ordinamento

Anche il Presidente della Repubblica svolge funzioni neutrali, perché se esse sono politiche, dunque frutto di scelte interamente libere salvo il rispetto della Costituzione, tuttavia le stesse «vengono svolte *au dessus de la mêlée*, non come forza contendente, ma semplicemente come forza che deriva dal compito di rappresentare tutti i cittadini».

¹⁸ Per un'analisi critica del generale principio di giustiziabilità delle scelte effettuate dall'amministrazione nell'esercizio delle funzioni pubbliche e del suo rapporto con l'effettività della tutela, cfr. da ultimo F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione dell'amministrazione*, in AA. VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, cit., p. 225 ss.

amministrativo: a tal fine appare necessario prendere le mosse dal dibattito dottrinale che in passato si è appuntato proprio sulla sussistenza di un'effettiva neutralità della funzione giustiziale, poggiando sull'inquadramento dogmatico della funzione stessa.

Nelle riflessioni di una parte della dottrina, la funzione giustiziale dell'amministrazione trova accoglienza nell'istituto dell'autotutela amministrativa¹⁹, pur caratterizzato, da alcuni elementi di specificità (iniziativa di parte, ampia garanzia del contraddittorio, doverosità dell'annullamento in presenza di vizi di legittimità, ecc.): oltre ad essere dotata dell'autonomia che le consente di determinare essa stessa "le regole particolari del proprio agire" e di autarchia (cioè della "capacità di agire nel proprio interesse modificando unilateralmente le posizioni giuridiche dei cittadini"), l'amministrazione ha anche la capacità "di provvedere a risolvere i conflitti eventualmente insorgenti con gli altri soggetti per effetto dell'attuazione dei propri provvedimenti".

Nell'ambito concettuale cui si vanno dedicando queste riflessioni la dottrina opera una distinzione²⁰ incentrata, piuttosto, su due diverse forme di autotutela: quella destinata a risolvere i conflitti *potenziali* (che comunemente vengono individuati, appunto, come autotutela) che si realizza quando l'amministrazione "previene" una impugnazione, riconoscendo da sé i vizi del provvedimento, quindi ritirandolo autonomamente dalla vita giuridica. Si tratta di una forma di autotutela destinata a risolvere *in nuce* conflitti potenziali tra l'amministrazione e i destinatari dei suoi provvedimenti. Questa autotutela viene distinta da quella che viene esercitata allorché già vi sia un'impugnazione da parte dell'interessato, diretta ad ottenere l'annullamento del provvedimento ritenuto invalido, destinata quindi a risolvere conflitti in atto, attraverso una decisione volta alla restaurazione del diritto obiettivo violato; sicché essa persegue fini di giustizia "e ciò non è mai in contrasto con lo scopo della pubblica amministrazione che è il perseguimento dell'interesse

¹⁹ Restano sulla posizione che inquadra i ricorsi amministrativi nei procedimenti amministrativi di secondo grado F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. III, *Giustizia*, Padova 2009; R. JUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, Milano 2008, p. 43 ss.; L. R. PERFETTI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova 2007, il quale, in particolare, non avalla la visione per la quale con i ricorsi amministrativi non si chiede all'autorità decidente di perseguire l'interesse pubblico, ma di decidere sulla fondatezza o meno del ricorso; M. MORINO, *I ricorsi amministrativi*, in G. Cofrancesco (a cura di), *Principi di diritto amministrativo*, Milano 2006, p. 352 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principi di diritto amministrativo*, II, Torino 2005. Cfr. anche Id., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino 2014.

²⁰ F. BENVENUTI, *L'autotutela*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano 2006, spec. p.527, distingue tra i conflitti di impugnazione che si realizzano quando si impugna un provvedimento affermandone l'invalidità ed i conflitti di resistenza, allorché vi sia una opposizione all'attuazione del provvedimento, cioè quando alla contestazione dell'invalidità, sia accompagnata un comportamento che contrasta con la pretesa dell'amministrazione.

pubblico, perché non vi è interesse pubblico più alto di quello dell'osservanza della legge²¹.

Sulla base di questa impostazione, che non manca di suggestione, si perviene ad escludere che alle decisioni del ricorso amministrativo -sebbene esse siano inquadrabili tra gli "atti di funzione materialmente giurisdizionale" poiché volte alla restaurazione del diritto obiettivo violato- possa riconoscersi l'efficacia sostanziale delle sentenze: l'attività giurisdizionale si distingue da quella esecutiva "in quanto gli atti della prima soddisfano primariamente l'interesse dei singoli che si trovano in conflitto fra loro" onde essi modificano soltanto le posizioni dei destinatari e non anche quelle dell'autore dell'atto; mentre l'attività esecutiva è diretta a soddisfare l'interesse dello Stato, e quello dei singoli è considerato come un interesse secondario il cui soddisfacimento è subordinato al soddisfacimento dell'altro, primario onde essi modificano le posizioni di tutti i soggetti interessati all'atto²². Se cioè l'amministrazione persegue, attraverso la decisione del ricorso, "il proprio interesse soggettivo", servendosi della restaurazione del diritto obiettivo violato per la soddisfazione di quell'interesse particolare, piuttosto che perseguirla come interesse principale, evidentemente l'autorità decidente resta soggetta soltanto al principio di imparzialità che governa l'intera attività amministrativa e non anche a quello della neutralità.

La tesi qui ricordata è stata oggetto di rivisitazione in alcuni studi successivi che inquadrano i ricorsi amministrativi nel potere di autodichia dell'amministrazione²³: le decisioni adottate per decidere procedimenti contenziosi atti-

²¹ F. BENVENUTI, *L'autotutela*, cit., spec. p.528.

²² Cfr. F. BENVENUTI, *Voce Autotutela*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano 1959, p. 541 ss.

²³ Per questo inquadramento dommatico cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 1989; Id., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, cit.; si veda inoltre dell'a., la voce *Ricorso amministrativo*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino 1968, dove già dalla generalissima definizione dei ricorsi amministrativi come "quei reclami che i soggetti interessati possono presentare a un'autorità amministrativa perché questa risolva *ex autoritate sua* una controversia nell'ambito dell'ordinamento amministrativo", si coglie l'elezione per la figura dell'autodichia. Si vedano, inoltre le considerazioni di L. ARCIDIACONO, *Voce Ricorsi amministrativi*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma 1991.

Sulle riflessioni di Sandulli poggia quella corrente dottrinale maggioritaria che inquadra i ricorsi amministrativi nella funzione giustiziale -spesso nell'ambito della giustizia amministrativa, accanto ai rimedi giurisdizionali- diretta alla protezione giuridica dei cittadini nei confronti di un provvedimento o di un comportamento lesivo dell'amministrazione. Cfr. *ex multis* F. G. SCOCA, *Autodichia e Stato di diritto*, in *Dir. amm.*, n. 4/2011, p. 647 ss.; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino 2011, p. 597 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2016, p. 143-166; S. TOSCHEI, *La giustizia amministrativa*, in M. Atelli, A. Cacciari, L. Caso, T. Miele, R. Proietti, S. Toschei,

vati dagli interessati, ben lontane dall'appartenere al potere di "autotutelare" i propri interessi, sono espressione della risoluzione di una controversia che l'amministrazione valuta e decide spesso (ma non sempre, come si cercherà di dimostrare *infra*) in veste neutrale. L'autodichia impressa nella funzione giustiziale, quindi, costituisce autentica espressione amministrativa della funzione di giustizia, che si condensa nell'affermazione del diritto nel caso concreto, nella forma della restaurazione dei diritti e degli interessi lesi dal provvedimento impugnato²⁴: l'amministrazione giustiziale, al pari del giudice, deve

Lineamenti di diritto amministrativo, Roma 2006, p. 1162 ss.; G. FERRARI, *I ricorsi amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano 2003; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, cit.

²⁴ Ferma la premessa maggiore, va fatta salva l'ipotesi disciplinata dal comma 2 dell'art. 21 *octies* che ha istituzionalizzato -a partire dalla modifica introdotta con la legge n. 15 del 2005- la distinzione tra vizi formali e vizi sostanziali: al di là del suo fondamento teorico che poggia sulla logica del risultato e sui due principi di strumentalità delle forme e di conservazione dell'atto, la norma ha suscitato alcuni interrogativi in ordine agli effetti che essa sortisce in punto di validità dei provvedimenti affetti dai vizi formali. La questione si pone anzitutto per la mancata previsione esplicita di una diversa sanzione rispetto a quella dell'annullabilità, eliminata dalla *novella* del 2005 per la violazione di norme procedurali, che sia in grado di contrastare in qualche (diverso) modo la violazione (della legalità) delle norme sul procedimento e sulla forma degli atti e che assicuri il ripristino dell'ordine giuridico violato. Si fa riferimento, com'è evidente, alla previsione per la quale l'attività amministrativa esercitata in contrasto con norme relative alla forma o alla procedura non produce conseguenze sull'efficacia del provvedimento e non ne comporta l'invalidità, né, conseguentemente, l'annullabilità, allorché, per la natura vincolata del provvedimento, il suo contenuto non avrebbe potuto essere differente (art. 21 *octies*, 1° comma), nonché quando l'amministrazione possa dimostrare in giudizio che la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento non abbia influito sul contenuto (pur discrezionale) del provvedimento (2° comma). Si tratta in questo secondo caso di adempimento previsto da norma meramente procedimentale assurta, tuttavia, ad istituto di ampia garanzia, da riguardare pertanto e da disciplinare in guisa differenziata e speciale rispetto alla categoria dei vizi formali.

Al fine di spiegare assai brevemente l'assunto, si prende spunto da una impostazione dottrinale che ha messo in luce le argomentazioni *a contrariis* che possono muoversi alla premessa maggiore per la quale la violazione dell'ordine giuridico debba trovare sanzione nell'annullamento del provvedimento illegittimo, da chi, come il legislatore del 2005, si ponga nella prospettiva della logica del risultato. Cfr. A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 693 ss. Anzitutto è agevole obiettare che la violazione dell'ordine giuridico non debba necessariamente portare all'annullamento dell'atto *contra jus*, potendo l'ordinamento prevedere altre reazioni (sanzioni) alla violazione. Non può tuttavia revocarsi in dubbio che la legge n. 15 del 2005, nell'eliminare la sanzione dell'annullamento, non abbia provveduto ad introdurre altri strumenti idonei a garantire l'effettività delle norme di procedura

e di forma fino ad oggi garantita dall'azione di annullamento: la condivisibilità della dequotazione dei vizi formali trova il suo confine nella disciplina dell'invalidità del provvedimento, cioè nell'opportunità di evitarne, nei limiti consentiti dalle esigenze di tutela dei destinatari, un annullamento cui potrebbe conseguire la mera reiterazione del contenuto dispositivo che esso presenta, una volta emendato dai vizi formali.

È stato però osservato che le violazioni formali “non possono restare senza sanzione, per la coerenza stessa e per l'effettività dell'ordinamento”. Le soluzioni apparse opportune in questa prospettiva sono, da un lato quella di “un procedimento di sanatoria o di correzione che elimini la violazione”, dall'altro, eventualmente, quella di una “conseguenza di ordine disciplinare per il funzionario che se ne sia reso responsabile”. F.G. SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in V. Parisio (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano 2004, p. 57 ss. Si vedano anche le considerazioni di F. ASTONE, *Nullità ed annullabilità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e tutela giurisdizionale*, Soveria Mannelli (CZ) 2009, p. 273 ss.; F. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21 octies L. 241/1990*, in www.giustamm.it 2005; G. GRASSO, *La dequotazione dei vizi formali fra procedimento e processo*, in www.giustizia-amministrativa.it 2005.

Dalla mancata predisposizione un sistema sanzionatorio, per così dire, sostitutivo dell'invalidità\annullabilità del provvedimento adottato in violazione di norme procedurali e sulla forma, deriva la constatazione per la quale il venir meno del giudizio di disvalore insito nella “sanzione” dell'invalidità verso la violazione di precetti normativi, comporta la vanificazione della forza precettiva di quelle norme la cui violazione diviene irrilevante per l'ordinamento, nella logica del raggiungimento dello scopo, quasi sancendo l'inutilità della norma stessa (salva l'ipotesi marginale della dimostrazione del danno subito in conseguenza della violazione di quelle norme e del risarcimento).

Potrebbe inoltre obiettarsi che una condotta assunta in violazione di norme formali non può dirsi *contra jus* quindi fonte di illegittimità, bensì, tutt'al più, di mera irregolarità, come suggerisce una rigida applicazione del principio della strumentalità delle forme che porta alla negazione di una forza precettiva delle norme procedurali paragonabile e accomunabile nella disciplina ordinamentale alle norme attinenti al merito, alla sostanza dell'attività amministrativa.

Ma vale qui quanto appena rilevato: le norme d'azione, in particolare, le regole di procedura e quelle esclusivamente deputate a regolare la forma degli atti perderebbero ogni utilità se si volesse negare la loro stessa effettività, sicché esse non avrebbero più ragione di sopravvivere nell'ordinamento amministrativo. Con la conseguenza che il perseguimento dell'interesse pubblico diventerebbe l'unico parametro per misurare la legittimità dell'azione amministrativa, “scavalcando” quello, naturalmente imposto dal principio di legalità, del diritto positivo. Si dovrebbe, altrimenti, ritenere, osserva in termini enfatici F. LACAVA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo la legge 15/2005: nullità ed annullabilità*, in www.amministrazioneincammino.it, che con la previsione del secondo comma dell'art. 21 octies il legislatore abbia inteso sancire “il tramonto del principio per cui le norme di diritto pubblico sono, salvo rarissime eccezioni, inderogabili: una tale scelta normativa non può essere condivisa per il suo contenuto potenzialmente

applicare in modo neutrale i precetti dell'ordinamento giuridico, non potendo decidere di conservare l'atto riconosciuto come illegittimo, anche allorché lo ritenga comunque conforme all'interesse pubblico, ciò che accade invece in sede di autotutela.

Come si è già ricordato, l'attribuzione del potere discrezionale convive con un sistema di garanzie posto a tutela dei destinatari del suo esercizio: l'attività giustiziale, dunque, connaturata alla funzione amministrativa, configura un vero e proprio dovere di correggere gli errori e di porre rimedio ai torti su istanza di chi lamenta di patire le conseguenze di quegli errori.

eversivo di postulati indeclinabili su cui si basa il nostro ordinamento giuridico quali il principio di divisione dei poteri e l'azionabilità delle posizioni giuridiche soggettive lese da atti della pubblica amministrazione". In particolare, si ritiene che degradare siffatte violazioni al rango di irregolarità formali che non danno luogo all'illegittimità dell'atto "significherebbe rimettere all'arbitrio della p.a la scelta se rispettare o meno la ineludibile valenza garantistica che le norme sulla procedimentalizzazione dell'*agere* amministrativo rivestono nei confronti dei cittadini che entrano in relazione con i pubblici poteri". L'inderogabilità delle norme di diritto pubblico che disciplinano l'invalidità degli atti amministrativi risponderebbe, cioè, "ad un'esigenza di ordine pubblico, vale a dire quella di assoggettare il potere esecutivo al controllo del potere giurisdizionale, al fine di reprimere e sanzionare eventuali abusi ai danni dei cittadini"; per tal via le eccezioni all'inderogabilità di tali norme devono ritenersi "rigorosamente tassative e come tali oggetto di interpretazioni *stricti iuris*: il provvedimento è e resta illegittimo, per cui il raggiungimento dello scopo produce il solo effetto di inibire l'applicazione della sanzione". Cfr. R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2012, p. 1300 ss.; S. FOA', *Il giudice amministrativo tra effettività della tutela e suggestioni della corte di giustizia: ipotesi di annullamento ex nunc del provvedimento illegittimo*, in *www.federalismi.it*, n. 10/2012; C. FELIZIANI, *Oltre le Colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?*, in *Foro amm.* CdS 2012, p. 427 ss.; M. INTERLANDI, *La pregiudiziale amministrativa tra modelli processuali ed effettività della tutela*, in *www.federalismi.it*, n.22/2013; P. LAZZARA, *L'illegittimità del provvedimento amministrativo*, in *Alb. Romano* (a cura di), *L'azione amministrativa, cit.*, p. 838 ss., il quale osserva che "il dettato costituzionale lascia intendere che il regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo non possa essere considerato nella piena disponibilità del legislatore ordinario; quest'ultimo, invero, non può limitare o condizionare le possibilità di ricorso né modulare la tutela giurisdizionale riducendo i vizi di legittimità o modificando le modalità del sindacato. Proprio per questo fermi i limiti 'esterni' di attribuzione del potere, che debbono essere fissati necessariamente con legge, il modo e l'intensità del sindacato di legittimità è affidato al giudice amministrativo che garantisce la tutela secondo quanto richiesto dalla Costituzione". Cfr., da ultimo, U. FANTIGROSSI, *Illegittimità formale, illegittimità sostanziale e risarcibilità: il caso della perdita di chance*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2015; V. BRIGANTE, *Soccorso istruttorio e dequotazione dei vizi formali: tendenze e dubbi interpretativi*, in *www.lexitalia.it*, n. 2/2016.

Si comprende, allora la distinzione tra la cognizione contenziosa o semicontenziosa di merito e l'esercizio, da parte dell'autorità amministrativa, dell'autotutela nell'ambito di procedimenti di revisione.

Si tratta di rimedi ulteriori -rispetto al ricorso giurisdizionale- capaci di offrire una tutela celere ed efficace delle situazioni soggettive che gli interessati ritengano lese dall'amministrazione, di alleggerire il contenzioso di fronte agli organi di giustizia amministrativa e di semplificare i rapporti tra cittadini e amministrazione²⁵. Di più, i ricorsi amministrativi rispondono all'obiettivo di innescare meccanismi di autocorrezione, indotti da un'istanza di parte, nonché, attraverso l'istituzione di un "contraddittorio interno" all'amministrazione della "progressiva adesione a sistemi di decisione ispirati a principi di imparzialità e 'garanzia' delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, che l'istituto della partecipazione procedimentale non appare di per sé solo in grado di garantire". Si ritiene, peraltro, che questi obiettivi dovrebbero realizzarsi *massime*, proprio laddove l'autorità decidente non sia un'amministrazione terza, bensì la stessa autorità investita dell'istanza attraverso la mediazione della prima (come avviene nel caso del ricorso amministrativo in materia di accesso ai documenti, che si direbbe collocarsi ai margini del fenomeno in costante espansione delle procedure per la risoluzione non giurisdizionale delle controversie che rispondono all'esigenza di sempre maggiori presidi giustiziali, demandati ad amministrazioni neutrali)²⁶.

Quello dell'autodichia, allora, appare come un vero e proprio dovere, identificando una parte essenziale della funzione amministrativa, nella sua espressione più esterna, quella che guarda all'aspettativa di giustizia del cittadino ricorrente; e le attività di giustizia sollecitate dai ricorsi impugnatori e le istanze di regolazione di conflitti interpretati o tra privati e organi amministrativi integrano gli orditi dei rispettivi ordinamenti di settore.

In realtà, tracciata brevemente la distinzione tra autotutela e autodichia, per inquadrare la funzione giustiziale dell'amministrazione nella seconda occorre ancora segnare una differenziazione fondamentale, in punto di neutralità, in seno alla stessa funzione giustiziale: quella giustiziale esercitata dall'amministrazione dà luogo ad una funzione neutrale impropria, ovvero particolare, per due ordini di motivi:

²⁵ Così M.G. DELLA SCALA, *I ricorsi amministrativi in materia di accesso ai documenti*, in Alb. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., p. 970.

²⁶ Cfr., *ex multis*, anzitutto M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.* 2014, 1-2, p. 2 ss.; N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.* 2005, 1, p. 52 ss.; M.P. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, in *Astrid, Rass.* 2006, p. 35 ss.; Id., *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.* 2000, 1, I, 6 ss.; R. FERRARA, *Il difensore civico e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini: note preliminari in margine a un dibattito in corso*, in *Dir. amm.* 1997, p. 231 ss.

a) è lo stesso ordinamento giuridico a qualificarla come tale, trattandosi di neutralità “interna”, che si esaurisce, cioè, nell’ambito della pubblica amministrazione: di tale neutralità, infatti, l’autorità decidente risponde soltanto all’interno dell’ordine amministrativo. La qualificazione di neutralità impropria deriva ad esempio dalla circostanza per la quale lo stesso ordinamento giuridico che istituisce e disciplina tale funzione, prevede, com’è obbligato a fare nel nostro impianto costituzionale (art. 113 Cost.), l’impugnabilità delle decisioni amministrative, quindi il loro assoggettamento al sindacato giurisdizionale;

b) in tema di ricorsi amministrativi non sempre l’amministrazione assume una veste realmente neutrale, essendo essa stessa parte della controversia, ovvero operando all’interno di un rapporto di gerarchia o quasi gerarchia: deve senz’altro riconoscersi l’esplicazione di una funzione neutrale soltanto allorché l’autorità decidente “né si identifichi con una delle parti, né si trovi con alcuna di esse in rapporto di superiorità o quasi superiorità gerarchica”.

La neutralità della funzione giustiziale esercitata dall’amministrazione dipende, allora, dall’esistenza o meno di un rapporto di gerarchia sostanziale (oppure, com’è evidente, dall’identificazione tra l’autorità che decide la controversia e quella che ha generato l’atto impugnato) che qualificerebbe l’autorità decidente come parte direttamente interessata alla contesa²⁷: sicché potranno riconoscersi senz’altro i tratti di una funzione puramente neutrale allorché si sia in presenza di fattispecie contenziose attivate mediante presentazione di ricorsi atipici (tradizionalmente denominati come ricorsi gerarchici impropri) decisi da un’autorità amministrativa del tutto estranea e *generalmente* collegiale e neutrale rispetto alle varie parti in contesa; “neutralità decisoria in vista di una pronuncia ‘di giustizia’”, e perciò tenuta a ispirarsi, nella determinazione, alle regole del diritto: non altrimenti in ciò dalla neutralità del giudice²⁸.

Si tratta anche in questo caso, come si è già rilevato a proposito delle autorità indipendenti (e la regola vale per qualsiasi altro organo amministrativo al quale sia affidata una funzione che si vorrebbe neutrale), di valutare il modo in cui la legge disciplina il rapporto di indipendenza e autonomia funzionale dell’organo decidente rispetto alle parti (la parte pubblica, in questo caso) interessate dal contenzioso.

Ma, com’è noto, proprio l’esercizio della funzione giustiziale previsto in diversi settori dell’ordinamento amministrativo, svela un assetto complesso

²⁷ Si tratta, osserva N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.* 2005, p. 67 della commistione tra la funzione di amministrazione attiva e funzione giustiziale, rafforzata dall’ordinamento nel riconoscere all’organo decidente la facoltà di esercitare anche i poteri di amministrazione attiva, sebbene nei limiti di quanto richiesto con il ricorso.

²⁸ Così espressamente A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali, cit.*, p. 265.

di poteri ed interessi pubblici in gioco che è lo specchio del quadro della funzione amministrativa generale, nella quale si iscrive la prima; a condizione che il concetto di *inerenza funzionale* si penetri nel significato di base che gli è proprio, esprimendo tutte le virtualità e le potenzialità che dommaticamente gli appartengono²⁹.

Peraltro, partendo dall'esigenza di garantire l'imparzialità, nella sua specifica manifestazione legata all'indipendenza, si ritiene che garantire l'eser-

²⁹ In questi termini V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale delle amministrazioni indipendenti*, cit. Si veda, inoltre, in una prospettiva più generale, con riferimento alla complessità dell'amministrazione e alla garanzia del buon andamento; Id., *Introduzione al buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Scritti* in memoria di Roberto Marrama, cit., p. 103 ss.; A. TRAVI, voce *Ricorsi amministrativi*, in *Dig. IV, disc. pubbl.*, XII, p. 395 ss. si sofferma sulla giurisdizione condizionata che si ha nelle ipotesi in cui la tutela giurisdizionale è subordinata alla previa proposizione del ricorso gerarchico, rimarcando il risultato dell'esclusione dell'immediatezza della tutela giurisdizionale. Quello della giurisdizione condizionata è ormai considerato un tema obsoleto grazie al "cambiamento di rotta" della giurisprudenza costituzionale -avviato negli anni Ottanta- per il quale la Consulta ha assunto una posizione di maggiore severità verso le disposizioni che condizionavano l'ammissibilità della tutela giurisdizionale al previo esperimento di un ricorso amministrativo. Senonché, come afferma lo stesso A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 101-102, il tema della giurisdizione condizionata assume nuovo rilievo "per l'esigenza di indirizzare anche nel nostro Paese la tutela del cittadino verso rimedi più semplici, alternativi all'azione giurisdizionale: dai principi costituzionali e alla luce della giurisprudenza maturata soprattutto nel processo civile in materia di lavoro e di previdenza obbligatoria, emerge che nel nostro ordinamento la possibilità di un accesso immediato al giudice sia un principio generale, ma non assoluto; deroghe a questo principio sono possibili, purché rispondano a condizioni precise" (p. 98): esse non possono essere discriminatorie e devono rispettare un criterio rigoroso di ragionevolezza; non possono compromettere la tutela del cittadino, sicché la tutela cautelare deve sempre essere ammessa davanti al giudice; infine il rimedio amministrativo dovrebbe condizionare l'esercizio del diritto di azione soltanto in termini di mera procedibilità.

D'altro canto a tenore della norma di cui all'art. 5 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 in tema di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali che ha introdotto un caso di "giurisdizione condizionata", ossia la regola per la quale in determinate materie, tassativamente elencate (art. 24), il tentativo di mediazione debba essere obbligatoriamente esperito, tale obbligatorietà è prevista appunto a pena di improcedibilità della domanda giudiziale. L'eccezione del mancato esperimento del tentativo di conciliazione, infatti dev'essere sollevata dal convenuto (ovvero rilevata d'ufficio dal giudice), entro l'udienza di comparizione e trattazione: in tal caso il giudice assegna alle parti un termine di 15 gg. per la presentazione della domanda di mediazione ad un organismo registrato e fissa una nuova udienza. Il d.lgs. 28/2010 non trova in questo studio alcun commento, non riguardando esso i rapporti tra cittadini e autorità amministrative, se non soltanto nella misura in cui l'amministrazione agisca *jure privatorum*.

cizio della funzione nel solo interesse alla giustizia, quella giustiziale debba essere attribuita a funzionari o soggetti pubblici comunque diversi da quelli che esercitano la funzione di amministrazione attiva, meglio soggetti da essa indipendenti³⁰.

La fattispecie giustiziale del ricorso gerarchico, d'altro canto, proprio per questa sua caratterizzazione nell'organizzazione dei pubblici uffici, ha ricevuto da più parti nel dibattito dottrinario critiche che -ormai da tempo- si spingono fino ad auspicare la sua soppressione, poiché essa mai è parsa essere in grado di incidere concretamente in termini di maggior tutela per il cittadino, a causa della ricordata commistione tra funzione di amministrazione attiva e funzione giustiziale.

Ma, giova ricordare, la crisi che il ricorso gerarchico vive da tempo nel nostro ordinamento giuridico non coinvolge punto l'intera funzione giustiziale dell'amministrazione, bensì costituisce il sintomo della inadeguatezza di un certo modello di amministrazione (basato su rapporti -ormai rari se si prescindono da quelli propri dell'organizzazione militare- di subordinazione verticale) a garantire il necessario livello di imparzialità e neutralità per esercitare attività volte a dirimere controversie tra pubblica amministrazione e privati³¹; nonché costituisce la "riprova che qualsiasi applicazione parziale, e non del tutto coerente, della funzione giustiziale è destinata a non realizzare il risultato di tutela perseguito"³².

Sembra, allora, che debba essere riguardato con attenzione il presidio giustiziale che l'ordinamento abbia istituito al di fuori della gerarchia; un presidio cui andrebbe, anzi, assegnato il compito di estendere progressivamente la sua capacità di garanzia, proporzionalmente al ritirarsi della gerarchia: ciò che

³⁰ Così M. CALABRO', *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino 2012, p. 55 ss. il quale ritiene, in particolare che l'amministrazione chiamata a risolvere "un affare contenzioso tra un (diverso) soggetto pubblico ed un privato, ...non solo deve agire nel rispetto della tradizionale accezione del principio di imparzialità (valutando in egual maniera i diversi interessi coinvolti, senza, tra l'altro, doverli comparare con un proprio interesse pubblico specifico che non sia quello della giustizia), ma deve altresì essere strutturata in maniera da garantire l'assenza di pericoli da influenze esterne da parte di altri poteri pubblici. In altre parole, più che di amministrazione imparziale, sembra doversi parlare di amministrazione neutrale". Allorché infatti si voglia ricostruire la funzione giustiziale come attività sostanzialmente giurisdizionale, ma formalmente amministrativa, rilevano l'estraneità, l'indipendenza e l'indifferenza rispetto alla materia e agli interessi oggetto della decisione, sicché "l'interesse pubblico dell'amministrazione i cui atti sono oggetto di giudizio venga considerato alla stregua degli altri interessi (pubblici e privati) coinvolti".

³¹ A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in *I garanti delle regole*, cit. p. 126.

³² Così M. CALABRO', *La funzione giustiziale*, cit., p. 96.

gli consente di “ricucire” le lacerazioni che quest’ultimo fenomeno provoca all’interno delle garanzie³³.

Si tratta, infatti, quanto al c.d. ricorso gerarchico improprio³⁴, di un ricorso retto da norme di diritto singolare che lo affidano ad un giudizio-filtro, arricchito da

³³ Anche M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi, cit.*, valorizza l’utilità del rimedio giustiziale del ricorso gerarchico improprio, evidenziando che esso assicura al cittadino un sindacato in materie nelle quali i profili di merito non sindacabili in sede giurisdizionale hanno un grande rilievo. Sul rapporto tra rimedio giustiziale e tutela giurisdizionale, con particolare riferimento al ricorso straordinario, ormai quasi unanimemente equiparato a quello giurisdizionale, si veda M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa; il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.* 2002, 61 ss.; M. OCCHIENA, *I poteri della commissione per l’accesso ai documenti amministrativi: in particolare, la funzione giustiziale ex l. 241/1990 e D.P.R. 184/2006*, in *www.giustamm.it*, n. 11/2006; L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008; F. FRENI, *Amministrazione giustiziale e costituzione: il “nuovo” ricorso Straordinario al capo dello Stato*, in *www.giustamm.it*, n. 9/ 2009; L. BERTONAZZI, *Recenti novità normative in tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Urb. e app.* 2009, p. 1285 ss.; F. FRENI, *L’amministrazione giudiziale nel prisma della Costituzione: il << nuovo >> ricorso straordinario al Capo dello Stato nella legge 18 giugno 2009 n. 69*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 184 ss.; N. PIGNATELLI, *Sulla “natura” del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69 l. 69/2009)*, in *www.giustizia-amministrativa.it* 2010; P. QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, *ivi*; L. VIOLA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e codice del processo amministrativo: un rapporto problematico*, in *www.giustamm.it*, n.4/2011; L. MARUOTTI, *Il ricorso straordinario dalle origini fino alle modifiche di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. La concorrenza con il giudizio civile*, in *www.giustamm.it* 2011; C. BENETAZZO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica da rimedio amministrativo a strumento “alternativo” al ricorso giurisdizionale*, in *www.giustamm.it*, ottobre 2012; F. TUCCARI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica alla luce del codice del processo*, in *Urb. e appalti*, 2012, 82 ss.; F. FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: storia, disciplina e natura del rimedio dopo la legge 18 giugno, n. 69*, Roma 2013; F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giur. it.*, 2013, 11, 2374 ss.; A. CARBONE, *Corte costituzionale e ricorso straordinario come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2014; A. POZZI, *Riflessioni sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *www.giustamm.it* 2014; *Id.*, *Il ricorso straordinario salvato dalla Consulta?*, in *www.giustamm.it* 2014; P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino 2014; E. GRILLO, *La Consulta sulla natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: un revirement evasivo*, *Dir. proc. amm.*, n. 3/2014, p. 893 ss.; S. LUCATTINI, *Certezza e nuovo diritto giurisprudenziale: il regolare giudicando delle autorità indipendenti di regolazione*, *cit.*

³⁴ Chiarisce L. MIGLIORINI, *Ricorsi amministrativi*, voce *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, che la formula “ricorso gerarchico improprio” sembrerebbe far riferimento ad un

un ampio contraddittorio, che esamina la questione anche di merito, in veste del tutto neutrale, consentendo -se non sempre di ottenere una pronuncia appagante- di sviluppare assai spesso nell'effettività il contraddittorio tecnico, spesso indispensabile per far luce ed offrire giustizia su tutti gli aspetti del caso concreto³⁵.

L'autorità titolare del potere di decidere sul ricorso, infatti, non appartiene al medesimo plesso amministrativo di quella autrice del provvedimento contestato e, di conseguenza, è collocata in una posizione di estraneità rispetto alla funzione di amministrazione attiva: la circostanza dell'assenza di un vincolo gerarchico comporta una diversità di funzioni tra l'amministrazione giudicante e quella giudicata, permettendo la realizzazione di un grado di terzietà "almeno astrattamente compatibile con le esigenze connesse all'esercizio della funzione giustiziale"³⁶.

rapporto di gerarchia impropria che non esiste, sussistendo piuttosto una sorta di sovraordinazione funzionale tra l'autorità decidente e quella che è parte della contesa. Ma ormai la tutela giustiziale prescinde del tutto anche da sovraordinazioni soltanto funzionali, perché la collegialità del decidente ne esclude la collocazione anche paragerarchica.

³⁵ Com'è noto il ricorso gerarchico ha carattere impugnatorio, quindi deve essere proposto nei confronti di un provvedimento amministrativo non definitivo, ovvero nei confronti di un atto emanato da un'autorità amministrativa inquadrata in rapporto di subordinazione gerarchica rispetto all'autorità decidente; ma resta estraneo alla cognizione di quest'ultima il rapporto sottostante il provvedimento.

Tuttavia l'estensione -operata in sede giurisprudenziale- dell'impugnativa dell'inerzia dell'amministrazione dopo la formazione del silenzio rifiuto, soggetta alla medesima disciplina del ricorso giurisdizionale, ha portato a delineare il rimedio gerarchico in termini non impugnatori e ad ammettere che, al pari del ricorso giurisdizionale, esso possa avere ad oggetto non soltanto l'atto, bensì anche il rapporto sottostante. In questo senso cfr. Alb. ROMANO, *Commentario breve alle leggi di giustizia amministrativa*, Padova, 1992 (ed ora in R. VILLATA e Alb. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009), il quale rileva, inoltre, che la generale prevalenza del ricorso giurisdizionale rispetto a quello gerarchico che emerge dall'ordinamento giuridico, non possa essere ritenuta di rigida applicazione, andando a detrimento dell'interesse del ricorrente il quale con il rimedio gerarchico otterrebbe un sindacato nel merito dell'operato dell'amministrazione, sicché i due ricorsi potranno essere contemporaneamente pendenti il primo per motivi di legittimità, il rimedio amministrativo per motivi di merito, fermo restando che l'esito positivo di uno dei due ricorsi, può precludere la pronuncia sul secondo. Sul punto cfr. anche V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione*, in *Scritti giuridici*, II, p. 515 il quale, ritenendo possibile la deduzione in sede giurisdizionale di motivi aggiunti rispetto a quelli proposti nella sede giustiziale, quindi affermando la reciproca autonomia dei due ricorsi, a seguito dell'avvento della facoltatività del ricorso e del venir meno della pregressa finalizzazione del ricorso amministrativo allo sbocco giurisdizionale, prospetta una illegittimità costituzionale delle disposizioni sui ricorsi amministrativi, "una volta ritenuto che il loro previo esperimento condizioni e limiti la tutela giurisdizionale".

³⁶ Così M. CALABRO', *La funzione giustiziale*, cit., p. 125. *Contra* A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, voce *Digesto IV*, *Disc. pubbl.*, IV, Torino 1989, 530, non-

La neutralità nella funzione giustiziale dell'amministrazione poggia anzitutto sulla posizione dell'autorità decidente rispetto alle parti: allorché gli interessi pubblici e privati siano considerati su un piano di parità, nell'esercizio di una funzione deputata alla verifica della legalità, la decisione consentirà l'applicazione oggettiva del diritto al caso concreto, senza condizionamenti sul versante dell'interesse pubblico. Ciò che non può avvenire nel caso dell'autotutela nel cui procedimento, pur aperto al contraddittorio tra le parti, l'amministrazione conserva una veste soltanto imparziale, ma non anche neutrale, dovendo valutare i diversi interessi coinvolti senza alcuna discriminazione, ma in una prospettiva funzionale all'ottimale perseguimento dell'interesse pubblico del quale è "portatrice".

Peraltro la dottrina ha già avuto modo di chiarire la netta distinzione tra funzione giustiziale e funzione di riesame, allorché si è occupata di rispondere a chi riteneva che la prima comportasse una sostanziale deroga al principio della competenza: la pubblica amministrazione titolare del ricorso gerarchico improprio è chiamata ad agire non sulla base dei medesimi presupposti dell'amministrazione originaria, bensì in posizione di terzietà con il solo scopo di dirimere la controversia secondo giustizia³⁷.

ché Id., *Lezioni di giustizia amministrativa, cit.*, p. 159 - 160, il quale rileva, sulla scorta di F. BENVENUTI, *Note sul ricorso gerarchico improprio*, in *Scritti giuridici* in memoria di Pietro Calamandrei, Padova 1957, p. 45 ss. che il ricorso gerarchico improprio è ammissibile soltanto nell'ambito di una medesima amministrazione o tra amministrazioni funzionalmente collegate, escludendo ogni garanzia di neutralità e condividendo l'inquadramento dell'istituto nelle fattispecie di autotutela che concedono all'amministrazione la possibilità di riesaminare il proprio operato.

³⁷ In questi termini M.P. CHITI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 1982, n. 2, p. 177 ss., nonché M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi, cit.*

Si veda, inoltre, N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi, cit.*, che ipotizza l'istituzione di apposite commissioni con il precipuo compito di esercitare la funzione giustiziale nell'amministrazione, che garantirebbero una generalizzazione della suddetta funzione attraverso la copertura di quello "spazio di tutela amministrativa lasciato vuoto dal generale, ma inefficace, ricorso gerarchico (proprio)". In questi termini M. CALABRO', *La funzione giustiziale, cit.*, p. 128 il quale, rilevando come la via suggerita da Longobardi potrebbe comportare l'emersione di profili problematici in ordine alla "necessaria individuazione di meccanismi idonei a garantire in capo agli organi chiamati a decidere sul ricorso un sufficiente grado di indipendenza (soprattutto in termini di poteri di nomina e revoca) rispetto alle amministrazioni presso le quali sarebbero in ogni caso strutturati)", suggerisce una terza via per garantire l'adeguato sviluppo del rimedio giustiziale in parola, quella della sostituzione del ricorso gerarchico proprio con quello improprio, sicché quest'ultimo acquisterebbe carattere generale, senza doversi limitare a "coprire" i settori nei quali non è ammessa l'operatività del primo rimedio.

CAPITOLO X

Spunti ricostruttivi

Sommario: 1. Ricostruzione della funzione amministrativa neutrale. 2. Neutralità e garanzie. 3. Una riflessione finale.

1. Ricostruzione della funzione amministrativa neutrale

Al termine di questa ricerca (che almeno rappresenti l'avvio di nuovi studi sulle funzioni amministrative neutrale), sembra possibile trarre alcune conclusioni in ordine alle condizioni che certamente connotano alcune funzioni amministrative con caratteri di neutralità piena ed assoluta. In tutte le attività esaminate ove si è riconosciuta la neutralità si è riscontrata, infatti, la coesistenza di due condizioni essenziali: quella della posizione di indipendenza dell'organo che esercita la funzione, non sottoposto gerarchicamente ad altri organi, né condizionato da altri soggetti o organi in grado di influenzare in alcun modo l'esercizio della funzione e quella della estraneità ed indifferenza assoluta rispetto agli interessi che essa è destinata a regolamentare.

L'utilità finale e diretta dell'esercizio della funzione amministrativa -ovviamente tanto nei provvedimenti ampliativi della sfera giuridica degli interessi concreti del destinatario, quanto in quelli restrittivi, sanzionatori, ablatori, perché l'utilità finale in questi ultimi casi è stata identificata in tal modo dal legislatore, peraltro autore di limiti normativi e garanzie di tutela procedimentale e giurisdizionale -specifici- per questi casi in favore dei destinatari dei provvedimenti negativi- non è sempre e necessariamente prevista nell'ordinamento.

Si distinguono, infatti, ormai tradizionalmente funzioni amministrative di rilievo nell'ordinamento generale che, pur condividendo i requisiti della pubblicità che sono propri della attività-funzione e della sua natura amministrativa, oltre che dell'organo o del soggetto che è deputato ad esercitarla in concreto, non può né deve servire direttamente alla tutela o alla promozione di interessi di altri rispetto al titolare dell'esercizio della funzione amministrativa attiva. È questo, in realtà, portatore dell'interesse a ricevere il risultato dell'attività di questo genere di organi e soggetti particolari e di giovarsene nella sua attività di ponderazione e poi amministrazione degli interessi in gioco con la maggiore legittimazione che deriva proprio da quel risultato.

Il fenomeno giuridico cui abbiamo appena accennato presenta pertanto una natura strumentale rispetto ad altre attività nei confronti delle quali esso evidenzia un carattere di piena o almeno prevalente neutralità.

Non è, infatti, alla commissione concorsuale che interessa ottenere il miglior candidato come vincitore, bensì all'ente che quella commissione ha nominato attuando un disegno normativo.

La commissione è neutrale nei suoi giudizi su tutti i candidati, il migliore sarà selezionato, senza interventi di disturbo, al termine di un procedimento articolato in prove concorsuali, in parte preordinato dal legislatore, in altra parte frutto di scelte neutrali della commissione stessa.

Infatti, la neutralità implica il distacco dell'organo competente, non soltanto dagli interessi che preesistevano all'avvio del procedimento neutrale e di quelli che hanno accompagnato l'esercizio di quella funzione, ma anche dalle conseguenze che ne devono derivare. Di esse l'organo neutrale non sarà responsabile: né potrà giovarsene in alcun modo, né potrà subire azioni risarcitorie in ragione del mancato raggiungimento del risultato previsto in ordine al procedimento amministrativo che abbia annoverato anche -o in via esclusiva- l'esercizio di funzioni neutrali secondo l'ordinamento di settore.

Dunque tutt'altro che imparzialità: neutralità si conferma qualificazione di un'attività scevra dalla considerazione di interessi diversi da quelli dell'accertamento, della certazione, della valutazione sulla base di criteri ricostruibili e non discrezionali in senso proprio (un giudizio in un concorso o in una gara è privo di volontà, è un atto valutativo sulla base di saperi tecnici accolti nella generalità) e della comunicazione, concentrata come essa deve essere nella ricerca -per quanto è umanamente possibile- di verità, certezze obiettive, dati reali tratti dalle tecniche universalmente accettate, o almeno prevalentemente accolte dal mondo della scienza e della tecnica.

Alle autorità amministrative indipendenti, ad esempio, si affida il compito della cura e del perseguimento di uno specifico interesse pubblico di cui una determinata autorità decidente costituisce il centro di riferimento e che, per essa, rappresenta, appunto, l'interesse essenziale o primario, svelando per questa via, una vera e propria *mission* affidata all'esercizio della funzione che non potrà mai dirsi puramente neutrale. Peraltro, queste autorità esercitano funzioni che non possono dirsi di sicura natura amministrativa, contaminata come essa è assai spesso dalla politica e ibridata da saperi tecnici; e sebbene alle stesse autorità vengano affidate funzioni certamente neutrali, in sede giustiziale e arbitrale, queste, tuttavia, non sono punto tipizzanti rispetto alle funzioni prevalenti che sono tipiche e collocate alla base stessa della istituzione di ogni autorità indipendente, poiché costituiscono, appunto, l'oggetto della missione affidata loro dall'ordinamento giuridico.

Ma, se la *ratio* dell'istituzione di organismi indipendenti deve rintracciarsi -come si è detto- nella riduzione dello spazio di manovra spettante al potere politico, una scelta di questo genere comporta un affievolimento della tutela dei fini sociali che hanno indirizzato la politica interventista troppo a lungo

protratta dallo Stato con modalità -per dire così- atipiche. Ne consegue che la definizione e concreta attuazione dei fini costituzionali viene ripartita tra organi politici e organi che si vorrebbero slegati da un rapporto di dipendenza da qualsiasi interesse in gioco: l'esperienza statunitense delle IRC ha mostrato come organismi indipendenti possano ben essere incaricati anche dell'attuazione di un programma di trasformazione sociale, purché esso sia realizzato con le peculiarità e le particolari garanzie che circondano le agenzie.

Per chiarire meglio la portata del concetto di distacco-estraneità deve aggiungersi che le determinazioni neutrali, come abbiamo osservato, non possono essere considerate subalterne al primato della politica e non subiscono, pertanto, un controllo puntuale e tempestivo di questa. "Non rispondono politicamente": non si può ipotizzare un controllo politico sull'esercizio dell'attività neutrale, che altrimenti più non sarebbero riconoscibili, e la neutralità come funzione, e la legittimità di un'iniziativa priva di *ratio juris* e mossa unicamente da valutazioni di carattere politico.

Aspetti di rilevante, ma ancora non piena, neutralità emergono dall'esercizio dell'attività consultiva destinata ad affiancare l'amministrazione attiva per ausiliarla fornendo elementi di giudizio utili alla prosecuzione dell'*iter* procedimentale gestito in quella sede, fino all'emanazione del provvedimento che reca l'assetto definitivo (ma sempre giustiziabile) degli interessi. Mentre l'attività svolta in sede consultiva dal Consiglio di Stato e dal CNEL, a servizio dello *Stato - comunità*, si caratterizza per una più marcata neutralità, non potendosi rintracciare in capo ad essi un ruolo direttamente collaborativo rispetto alla determinazione e cura dell'interesse pubblico specifico perseguito dall'autorità procedente, bensì l'inquadramento di tale interesse nell'ordinamento giuridico complessivo, certamente neutrale è anche la valutazione tecnica espressa, sulla base di regole tecniche certe e non condizionabili da valutazioni di parte, dall'ufficio pubblico competente -e, ove questo non si esprima, dagli altri organi o enti pubblici che siano dotati di *qualificazione e capacità tecnica equipollente* rispetto a quella dell'organo indicato in origine dalla legge o dal regolamento- secondo la disciplina speciale dettata da leggi o regolamenti per ciascuna valutazione tecnica.

Si è esclusa, invece, la neutralità dell'attività consultiva svolta da alcuni Comitati istituiti dall'ordinamento UE e destinati a svolgere la propria attività consultiva presso quelle istituzioni, in ragione, sia della loro rappresentatività di interessi specifici delle categorie o del territorio di cui si fanno portavoce, sia -quasi a rafforzamento di questa rappresentatività- della circostanza per la quale essi, possono esercitare l'iniziativa consultiva, espletando un compito di indirizzo e cercando di indirizzare le istituzioni dell'Unione nella direzione che i Comitati ritengano più utile o conveniente per le categorie sociali e socio-politiche che essi rispettivamente rappresentano.

Neutrale è il controllo preventivo di legittimità svolto dalla Corte dei conti su alcune categorie di atti e provvedimenti del Governo, come ha confermato la Corte costituzionale nell'assimilare questa attività di controllo a quella

svolta dal giudice, piuttosto che a quella amministrativa, poiché la prima si risolve nella valutazione della conformità degli atti della seconda alle norme del diritto oggettivo, sulla base di un apprezzamento di ordine strettamente giuridico: un controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato, a tutela del diritto oggettivo.

Neutrali sono il vincolo paesaggistico e quello ambientale presidiati dalla legge penale: qui, infatti, è proprio il carattere neutrale della funzione a giustificare l'imposizione di ogni limitazione, attività conservativa, sostitutiva e complementare dopo un danno ambientale, o l'ordine di ripristino dello *status quo ante* nella tutela del paesaggio.

Ma, su questi temi la questione assume connotazioni assai delicate che inducono i pubblici poteri alla prudenza, dovendo rispondere alle esigenze di sviluppo della società post-industriale, assai spesso in contrasto e indubbiamente pericolose per l'ecosistema e, soprattutto, per il corretto esercizio di una neutralità ispirata alla bellezza, in funzione della qualità della vita e della incontaminazione dei luoghi in cui essa si svolge.

Neutralità *di tutti* - pubblico e privato, collettivo e singoli - per l'ecosistema presente e per le generazioni future; persone non ancora nate, interessi e relazioni sociali non ancora sorti. Infatti, costituisce preconditione della neutralità, l'agire per un interesse alieno, mai particolare; l'azione diventa funzione neutrale quando l'ordinamento giuridico pretende quell'azione nell'interesse generale, nella specie anche futuro, e la pretende nella stessa misura, tanto dall'ente pubblico del quale potrà orientare le scelte, quanto dal singolo titolare di libertà, ma vincolato a comportamenti doverosi per la conservazione di ogni bene culturale, di ogni angolo dell'ecosistema: neutralità piena, pertanto, rispetto ad interessi propri o di altri soggetti presenti in una relazione giuridica "effettiva".

La neutralità sprigiona la sua maggiore utilità nelle attività tese al benessere dei cittadini, nell'assolvimento di quei "compiti di benessere" che la Carta fondamentale incardina nel dovere di buona amministrazione e che trova gran parte della sua espressione nel mercato degli acquisti di opere, di forniture e di servizi, ove lo Stato incontra il diritto privato ed agisce secondo le regole dettate, ormai in misura quasi esclusiva, dall'ordinamento dell'UE in un procedimento ad evidenza pubblica che presuppone la presenza costante di tutti i soggetti interessati a garanzia della trasparenza e della buona amministrazione, della oggettiva paritarità di trattamento che connota l'evidenza pubblica, tenendola ben distinta dalle procedure svolte nella piena autonomia del diritto privato.

Neutralità, quindi, nell'azione della funzione di Stato banditore esercitata non certo in maniera incompatibile con l'interesse anche strettamente economico dell'ente pubblico, che, infatti, mediante la procedura di gara al maggior ribasso sul prezzo a base d'asta o dell'offerta economicamente più vantaggiosa spunterebbe esiti economici migliori di quelli ricavabili da una gestione tutta pubblica e sostenuta per intero dall'erario pubblico (in disparte la pro-

blematica dell'*in house providing*, che ha ormai spazi più ampi e comunque ben precisati).

Ma, neutralità è anche assolvimento del compito, penetrato per legge nell'ordinamento giuridico, di garanzia dello svolgimento della personalità degli individui, dello sviluppo dell'identità personale, attraverso la predisposizione mediante esercizio di funzione amministrativa neutrale delle infrastrutture necessarie all'erogazione di un servizio a rete per eccellenza che deve raggiungere proprio tutti i cittadini, indipendentemente dalla condizione in cui questi versano e dagli interessi di cui sono portatori, allo scopo di garantire a costoro una partecipazione consapevole alla vita politica, economica e sociale del Paese. Proprio per consentire una tale garanzia, infatti, dopo aver informatizzato e "digitalizzato" l'amministrazione pubblica e aver garantito la trasparenza e la partecipazione attraverso l'obbligo di pubblicazione di atti e documenti sui portali *web* delle amministrazioni, ci si preoccupa adesso di garantire -l'ordinamento giuridico impone di garantire, attraverso l'esercizio della relativa funzione secondo regole di buona amministrazione- l'accesso rapido alla rete *web*, attribuendo al Governo della Repubblica il compito di attivare la banda larga su tutto il territorio nazionale, nel rispetto di livelli di efficacia ed efficienza sempre maggiori, secondo scadenze imposte dall'UE (che peraltro sono tuttora disattese, nel nostro Paese).

Neutralità estranea a qualsiasi interesse, dunque, che non sia quello dell'ordinamento giuridico.

Proprio sul perseguimento di questo interesse poggia la funzione neutrale svolta dagli uffici elettorali e dall'ufficio centrale per il referendum; facendo leva sulla certa neutralità della funzione svolta da questi uffici, la giurisprudenza aveva escluso in passato l'impugnabilità degli atti emanati da quegli organi, dando vita ad un dibattito, spesso contraddittorio, dal quale scaturiva l'assunto -per vero difficilmente sostenibile- per il quale la neutralità dell'ufficio elettorale impedisse l'impugnabilità dei suoi atti. Sulla questione posta in giurisprudenza, le norme del codice del processo amministrativo hanno segnato il passo, prevedendo l'autonoma impugnabilità degli atti direttamente lesivi, senza incidere punto sulla natura amministrativa neutrale della funzione svolta dagli uffici, autori degli atti del relativo procedimento, in quanto la neutralità, sia pur per eccezione, può restare tale anche se produca conseguenze deducibili in un giudizio (ad esempio per errori materiali commessi nell'esercizio della relativa funzione, incidenti sulle situazioni soggettive dell'elettorato passivo e attivo).

2. Neutralità e garanzie

Nel corso di questo studio si è andata rafforzando la convinzione per la quale al cospetto della doverosità della funzione pubblica, v'è l'esigenza di garantire al destinatario del suo esercizio -il quale, nel subire il regolamento di interessi sotteso alla decisione che modifica unilateralmente la sua sfera

giuridica, sia deluso o si ritenga leso dalle scelte dell'amministrazione-, alcuni centri tipici di imputazione di compiti diversi, deputati a soddisfare altrettanti interessi generali al fine di creare "spazi neutri" all'interno della stessa amministrazione ove il destinatario del potere autoritativo, o della prestazione mal erogata, possa esprimere la propria rimostranza, ricevendo una risposta di giustizia.

Qui si attiva il sistema delle garanzie sotteso all'esercizio del potere autoritativo che si esprime nel procedimento amministrativo; ed emergono figure come il Garante del contribuente, organismo indipendente e neutrale che presidia il rispetto dei principi della buona amministrazione nel settore, a tutela delle aspettative e degli interessi patrimoniali del contribuente e a garanzia dell'ordinamento tributario. Il Garante, infatti interviene sia in via preventiva, in favore della trasparenza e della correttezza del procedimento di accertamento tributario, sia promuovendo procedimenti di secondo grado, o segnalando scorrettezze o irregolarità procedurali, fino a poter provocare l'attivazione di un procedimento disciplinare nei confronti del funzionario scorretto.

Più in generale emerge, nel sistema delle garanzie messo in moto dall'esercizio del potere autoritativo, la funzione giustiziale dell'amministrazione. Su questo tema alcune costruzioni dottrinali del passato tendevano ad escludere la natura neutrale della funzione, inquadrandola per lo più in una particolare forma di autotutela, caratterizzata dall'autarchia che finiva per far "attrorciagliare" l'esercizio della funzione sull'interesse soggettivo dell'autorità che la esprime a correggere, per il tramite del ripristino dell'ordine giuridico violato, gli errori commessi in sede di amministrazione attiva.

In successive riflessioni, altra dottrina ha inquadrato i ricorsi amministrativi nel potere di autodichia dell'amministrazione, ove si incardina, appunto la funzione giustiziale, destinata a rendere giustizia al destinatario del provvedimento che si ritenga leso da quest'ultimo, *id est* l'affermazione del diritto nel caso concreto, nella forma della restaurazione dei diritti e degli interessi lesi dal provvedimento impugnato. L'autodichia impressa nella funzione giustiziale costituisce, in realtà, autentica espressione amministrativa della funzione di giustizia, sicché l'amministrazione giustiziale, al pari del giudice, applica in modo neutrale i precetti dell'ordinamento giuridico, prescindendo dalla valutazione della conformità del provvedimento impugnato all'interesse pubblico, ove la sua emanazione abbia comportato una violazione delle norme poste a presidio dell'attività amministrativa e garantendo, pertanto, il pieno distacco dagli interessi coinvolti nel procedimento che essa va conducendo.

Quello dell'autodichia, allora, appare come un vero e proprio dovere, una parte essenziale della funzione amministrativa, nella sua espressione più esterna, quella che guarda all'aspettativa di giustizia del cittadino che deve poter ricorrere nelle questioni consistenti in (o presupponenti valutazioni di) merito all'interno dell'amministrazione, come accade nei due ricorsi in opposizione previsti nella parte sesta del Codice dell'ambiente.

Tuttavia, ripercorrendo le diverse riflessioni critiche di alcuni autori che si sono soffermati sulle ricadute in punto di effettività della tutela offerta dalla funzione giustiziale dell'amministrazione, è parso doveroso effettuare una distinzione fondamentale tra quella esercitata in veste oggettivamente neutrale (in occasione di un c.d. ricorso gerarchico improprio) e quella, invece, ove l'amministrazione riveste, a causa dell'esistenza di un rapporto gerarchico che lega l'amministrazione "giudicante" a quella sull'attività della quale viene espresso il giudizio (ricorso gerarchico), rapporto che inficia anche l'imparzialità oltre ad impedire una pur limitata neutralità.

Anche nel ricorso in opposizione, per essere la stessa amministrazione autrice del provvedimento impugnato, quella investita della decisione del ricorso, si rivela un legame incontestabile con l'interesse pubblico curato in sede di emanazione del provvedimento oggetto di gravame: tuttavia, le questioni scientifiche controvertibili ed in effetti controverse, *massime* nella tutela dell'ecosistema, giustificano il rilievo attribuito al ricorso giustiziale in opposizione che, aprendo un contraddittorio tecnico nel merito della questione insorta -contraddittorio riferito in verbali oggettivamente redatti-, assai faciliterà la cognizione del giudice amministrativo che sempre è possibile adire nel termine decorrente dalla conclusione della procedura giustiziale, consentendogli una disamina profonda della legittimità dell'atto impugnato, anche alla luce di un giudizio di condivisibilità di una soluzione di merito emergente dal rimedio neutrale che sia valutata dal giudice togato della legittimità per la sua maggiore logicità e chiarezza rispetto ad altre soluzioni proposte *ex adverso*.

Sulla base di queste considerazioni si è ritenuto di inquadrare la funzione giustiziale esercitata in quelle sedi nell'ambito di una neutralità impropria, che lo stesso ordinamento giuridico definisce "interna", poiché di essa l'autorità risponde soltanto all'interno dell'ordine amministrativo; mentre, esercita la propria funzione in una veste puramente neutrale quell'autorità, generalmente collegiale, costituita soprattutto per valutazioni tecniche, anche contenziose, dalla legge, del tutto estranea agli interessi dedotti in sede di ricorso e slegata, ovviamente, da qualsivoglia rapporto di gerarchia.

Sicché, se l'effettiva neutralità della funzione giustiziale poggia sulla condizione di estraneità dell'autorità decidente rispetto agli interessi dedotti dalle parti della controversia nell'esercizio di una funzione destinata al mero ripristino della legalità -sebbene da essa possano derivare rilevanti ricadute in termini di soddisfazione degli interessi dedotti dal ricorrente-, si è ritenuto di condividere quelle impostazioni dottrinarie che auspicano un forte sviluppo del ricorso gerarchico improprio -magari attraverso l'individuazione di nuove ipotesi eccezionali in settori specifici -, al fine di garantire una tutela rapida, efficace e neutrale, che poggia sul giudizio di un organo estraneo alle parti il cui compito non è quello di sostituirsi all'amministrazione attiva, bensì di valutare il provvedimento di quest'ultima, sulla base di presupposti diversi rispetto a quelli valutati originariamente dall'amministrazione: non quello della ponderazione dell'interesse pubblico prevalente con gli altri interessi pubblici

e privati coinvolti, bensì soltanto quello della legittimità, della razionalità e proporzionalità, al fine di fornire una pronuncia di giustizia.

3. Una riflessione finale

La neutralità delle funzioni amministrative analizzate si colloca, come in questa ricerca si è cercato di evidenziare, in posizione di disgiunzione da quella che è ordinariamente la traccia percorsa dal potere amministrativo che dalla legge nasce ma trova il suo sviluppo, sin dal primo esercizio, nello stesso ambiente dell'attività di governo della società politica, cioè nell'attività amministrativa che deve attuare i programmi del Governo della Repubblica osservando la norma di legge attributiva del potere ed esercitando discrezionalità in tutti gli spazi che questa le consente.

È dunque lo spazio prevalente, occupato in una democrazia dalla politica, la fonte della legge così come delle direttive (le "raccomandazioni" vincolanti e non dell'Autorità anticorruzione, ad esempio) del Governo per la più autentica attuazione della volontà popolare che chiede ai suoi rappresentanti eletti in procedure rigidamente neutrali il leale espletamento dei compiti di benessere che la Costituzione repubblicana condensa nella formula della garanzia di buon andamento della pubblica amministrazione.

Senonché, quando la politica entra in una fase critica, le volte nelle quali la rappresentanza degli interessi generali del popolo che l'ha espressa non produce risultati utili, resta lontana, nella sua esperienza comune, dall'impostazione dei compiti di benessere che dovrebbero essere svolti dai "pubblici uffici" (art. 97, 2° comma, Cost.) amministrativi, una crisi di questo genere tende ad essere risolta nella prassi politica che questa volta vede in primo piano il Presidente della Repubblica con il ricorso al "Governo tecnico": per superare l'*impasse* determinato dall'allontanamento della politica dai suoi fini istituzionali, si finisce per negare almeno temporaneamente ogni valore alla rappresentatività politica e ci si avventura in un percorso obbligato dall'assenza del suo ordinario titolare.

Prende le mosse da questa "tragedia" dell'interesse comune alla rappresentanza politica nelle istituzioni il ciclo inverso, che consiste nella rivendicazione del ruolo della "politica" rispetto a quello dei mercati, dell'economia e delle lobby finanziarie, ma anche a quello della "tecnica" che certamente aveva tratto vantaggio dal Governo a sé intestato: non costituisce esperienza nuova, anzi, nel nostro ordinamento, né manca chi osserva che paradossalmente l'assenza del "vero" Governo favorisce la crescita dell'economia nazionale¹.

¹ Cfr. F. SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 603 ss.; A. D'ALOIA, *Istituzioni e politiche al tempo della crisi*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2012.

D'altro canto, molti pensatori contemporanei hanno manifestato -sul finire del '900- una severa preoccupazione di fronte ai rischi che si annidano nell'elevazione della sola "tecnica" a criterio ordinatore delle scelte che presiedono al perseguimento del bene comune².

L'incontestabilità del primato della "politica", che è presupposto dell'esistenza stessa della democrazia, implicando l'attribuzione ai rappresentanti eletti del compito di perseguire, essi anzitutto, il bene comune, pone, quindi, la questione sul piano della comprensione delle ragioni di questa decadenza³.

² Il riferimento è al saggio di E. SEVERINO, *Techne, Le radici della violenza*, Milano 1979; ma lo stesso pensiero cattolico pone l'accento sempre più spesso sul rischio insito nella liberazione della "tecnica" dalla cornice dei valori morali che costituiscono i riferimenti fondanti della nostra società. Cfr. inoltre l'analisi critica di C. MAIORCA, *Voce Beni*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. V, Roma 1988, il quale chiarisce, in ordine al pensiero di Severino, che l'impiego della tecnica è alla base della "volontà di potenza" che si esprime al vertice delle élites.

³ Un assai recente intervento critico, se pur con intento -peraltro legittimamente- in prevalenza divulgativo, nell'evidenziare le storture derivanti dalla politica di semplificazione amministrativa, rileva come questa spesso annoveri fallimenti per il concorrere di molteplici fattori a partire dalla estrema varietà di interessi pubblici affidati alla cura delle amministrazioni, suscettibile di degenerare "in una divaricazione tra gli uni e gli altri", problema che acquista evidenza "nei tanti casi nei quali entrano in contatto tra loro gli interessi legati allo sviluppo economico, da un lato, e quelli di tutela dell'ambiente, del paesaggio, della salute..., dall'altro". L'a. individua le ragioni del problema in diverse circostanze: anzitutto nella frammentazione dei poteri amministrativi "tra tanti uffici diversi"; quindi nel fatto che alle amministrazioni preposte alla tutela degli interessi di protezione non si applicano, se non in parte, le norme di semplificazione sul presupposto che ne deriverebbe un pregiudizio irrimediabile, nonché nel malfunzionamento dei meccanismi di coordinamento tra le amministrazioni, a partire dalla conferenza di servizi.

Inoltre, rileva l'a., "lo stallo che si crea tra le amministrazioni spesso chiama in causa il Parlamento o il giudice o addirittura giustifica la nomina di commissari straordinari", provocando un aggravamento dei problemi evidenziati: "le amministrazioni si deresponsabilizzano; altri corpi dello Stato devono esercitare poteri differenti da quelli che competono loro normalmente; gli uffici straordinari sono solo nominalmente tali, perché hanno le stesse risorse delle quali dispongono gli uffici ordinari e il potere di istruire, non di decidere".

In questo modo, si sottolinea, "aumentano l'incertezza dei privati interessati e le possibilità che si giunga a un contenzioso giudiziario", mentre "si riscontrano grandi difficoltà delle amministrazioni a compiere valutazioni complesse" dovute alla circostanza per la quale esse ormai "hanno alle loro dipendenze sempre meno tecnici e devono, quindi, fare ricorso a consulenti esterni o rimettersi alle valutazioni dei privati", impedendo la maturazione di una "cultura tecnica dell'amministrazione" e compromettendo la decisione da prendere che "rischia di essere condizionata dai soggetti direttamente interessati". Cfr. G. VESPERINI, *Semplificazione, non basta la parola*, in *L'Unità*, 26 aprile 2016.

Basti pensare ai modi con i quali vengono, ormai abitualmente, introdotte le principali azioni di governo per la correzione degli squilibri finanziari, economici o strutturali del Paese o delle comunità locali, senza alcun dibattito che sfoci in univoche prese di posizione; peraltro senza provvedimenti organici e d'ampio respiro. L'iniziativa è, infatti, portata a compimento soltanto nel momento in cui l'urgenza e l'emergenza rendono indispensabile correggere le patologie in atto⁴.

Una "buona politica" è caratterizzata da un'intensa "etica della responsabilità", univocamente orientata sul progetto di bene comune che sviluppa e la scelta politica e la conseguente sua attuazione antepone l'interesse della comunità a ogni altro fine, nella consapevolezza del "costo" che la chiarezza delle proprie idee e delle proprie proposte può comportare in termini di consenso immediato⁵. Rileva in proposito che non diminuisce nel Paese la

⁴ Spesso ciò avviene dopo periodi di aspre e poco comprensibili polemiche di schieramento e, soprattutto, sottoponendo alla cittadinanza solo semplici giudizi di valore. Infatti, raramente di questo tipo prese di posizione sono corredate dall'esposizione di elementi di dettaglio o di approfondimento che consentano di comprendere le ragioni di una scelta e le opportunità o i rischi in gioco.

Il pensiero corre alle vicende delle ormai periodiche azioni di "correzione" dei conti pubblici o alle iniziative assunte per "affrontare", episodicamente, alcuni temi ad alta rilevanza sociale (rifiuti, energia, TAV, ecc.): vicende nelle quali sembra emergere una strutturale debolezza della "politica", che riesce a intervenire sul tema non nel momento in cui sarebbe opportuno prevenire nel quadro di un disegno organico, ma soltanto di fronte a situazioni di necessità che rendono ineluttabile l'adozione di misure ad elevata capacità di sensibilizzazione dell'opinione pubblica.

In altre parole, non si intende qui sostenere la necessità che la politica abdichi in favore degli ambienti "tecnici" il potere di affrontare i problemi più complessi; semplicemente ci si chiede perché essa abbia perso la capacità (o abbia comunque smesso) di esercitare il suo ruolo.

⁵ Costo che appare immediatamente evidente, sol che si pensi alla circostanza, apparentemente scontata, ma spesso sottovalutata nelle riflessioni dottrinarie, per la quale l'interesse pubblico che i pubblici poteri devono perseguire nella loro azione in vista del raggiungimento del bene comune, è spesso in contrasto con l'interesse individuale o, quanto meno lo sovrasta: la sottovalutazione della forza unilaterale del potere, d'altro canto, sembra trovare ampia giustificazione nel favore espresso sempre più di frequente non soltanto dalle istanze della collettività, ma, soprattutto, dall'ordinamento giuridico verso una nuova posizione con la quale si atteggia il potere pubblico nei confronti degli interessi dei soggetti privati, utilizzando strumenti non autoritativi, quindi di diritto comune o consensuali, per il perseguimento dei suoi fini istituzionali.

Tuttavia, osserva in proposito Alb. ROMANO, *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive*, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., p. 409 ss. che l'esaltazione di questo modo di atteggiarsi e di agire del potere pubblico, non può indurre ad ignorare che non sempre sia possibile ottenere il consenso degli interessati e non sempre sia

resistenza ad ogni tentativo di svalutare e ostacolare il confronto fra interessi diversi nella stessa comunità come metodo generale in un sistema che garantisce l'alternanza: in queste condizioni, infatti, l'etica della responsabilità politica svolge la sua funzione, laddove viceversa questo confronto è risolto in termini soltanto apparenti, non c'è la possibilità di veder sviluppare scelte politiche di qualche successo perché questo si raggiunge in democrazia -con tutte le conseguenze anche di parziale inefficacia della democrazia- soltanto con il confronto delle idee e subito dopo degli interessi e, dove sia possibile, con un controllo critico nel segno della democrazia sul medesimo episodio già oggetto di confronto.

Risale a Giuseppe Capograssi la formulazione della nozione di bene comune elaborata nell'ambito di un profondo studio filosofico giuridico sull'autorità⁶. Il risultato più maturo cui l'indagine di Capograssi conduce magistralmente sul piano della coerenza tra diritto e morale, è la sottrazione dell'autorità e del diritto agli schemi ed alle costruzioni arbitrarie e subietive. I sistemi dell'autorità e del diritto non possono essere fondati sulle architetture della ragione individuale, in quanto non possono che rappresentare la determinazione storica della prima autorità e del primo diritto, che consentono di mantenere la libertà del volere, ma tolgono ogni possibilità ed ogni azione all'arbitrario ed al subiettivo nel campo dell'autorità e del diritto. Tuttavia, soltanto attendendo alla verità è possibile -questi i preziosi contributi del grande filosofo- riuscire a comprendere il ruolo giocato nell'esperienza storica dall'autorità, la quale,

agevole reperire sul mercato i mezzi sufficienti per il raggiungimento dei fini suddetti. Sicché "ogni ordinamento riconosce l'esistenza di interessi collettivi...anzi...in tanto un ordinamento si può formare, in quanto li percepisca come rilevanti e si organizzi per il loro perseguimento".

Inoltre, l'a. evidenzia opportunamente la necessità di una rinnovata consapevolezza che "vi sono interessi collettivi, quindi pubblici... che necessariamente sovrastano quelli individuali" e rileva come l'ordinamento di tipo statale soggettivizza questi interessi nel sistema pubblico nel quale si articola, e ne affida a questo la cura, imponendone almeno alcuni come ineludibili: ne consegue, sul versante dell'amministrazione, che l'ordinamento "non può non attribuirle, non può non lasciarle, un nucleo di suoi poteri unilaterali: quelli che, in presenza di tali interessi pubblici inderogabili, essa possa eventualmente esercitare per soddisfarli; di cui essa possa disporre, almeno come *ultima ratio*, quando il consenso non venga acquisito, e le risorse del mercato siano insufficienti, o incongrue, o comunque non utilizzabili. Nucleo che non pare illimitatamente comprimibile. Può essere ridicibile...ma non eliminabile *in toto*".

⁶ Non può trascurarsi che la nozione di bene comune nasce nella filosofia teologica di Tommaso D'Aquino come *principalissimum bonum*, che deve realizzarsi nelle "comunità particolari" che trovano nella società politica il loro sostegno e completamento: la *civitas* mira al "più importante tra i beni umani", perché indirizzato a realizzare quelle condizioni di vita senza le quali nessun individuo potrebbe sopravvivere in modo umanamente degno; per questo la "*communitas politica est communitas principalissima*", comprensiva in sé di tutte le altre comunità minori. Cfr. *Sententia Libri Politicorum*, I, 1, l. 24-26.

concretando nella empiricità dei fatti la legge universale che pure è impressa nella umana natura, scioglie le volontà individuali dallo stato di dormiveglia prodotto dal richiamo dei sensi e dalle cose presenti.

La giustificazione dell'autorità è lontana, dunque, dalle antiche concezioni che vedevano nel male e nelle umane passioni la causa delle trasformazioni e dello stesso sorgere dell'autorità negli Stati.

Si tratta di riflessioni preziose, che adombrano una intuizione inespresa: la condizione di miseria dell'umanità, che, cosciente del suo stato, delle sue debolezze ed infermità, ritiene che tutto sia causato dal male; viceversa l'autorità trova nel male soltanto la necessità della sua sussistenza ed organizza se stessa per sconfiggerlo. Vero è, afferma Capograssi, che la verità assoluta che è nell'uomo è ostacolata dalla stessa individualità sensibile che avverte la profonda suggestione delle passioni e dei fini: è la contraddizione che l'uomo reca con sé, a far emergere la necessità dell'autorità, che, quindi, gioca un ruolo di mediazione tra il mondo dell'assoluto di cui pur l'umana natura partecipa e il mondo reale⁷.

Dalle pagine di Capograssi emerge non soltanto che la rilevanza delle relazioni tra uomini, genericamente considerate, è necessariamente anteriore all'istituzione dell'autorità, ma anche che esse ben presto formano la società economica, che è società dell'involontario perché dominata nella sua intima struttura da necessità e da leggi naturali e materiali di quantità, dinanzi alle quali le volontà umane rivestono una parte secondaria.

L'autorità trova allora terreno fertile per la sua affermazione in un mondo lacerato dalla lotta tra interessi economici, al fine di creare una realtà ad essa superiore. Nella lotta, infatti, l'uomo cerca i suoi simili soltanto per l'utilità che da costoro può ricavare; nella società giuridica formata dall'autorità, invece, egli cerca l'altro uomo per la sua umanità, per il bene dell'uno e dell'altro, per il bene obiettivo.

Con l'autorità, nell'impostazione del grande filosofo del diritto, può nascere e vivere protetto il bene comune, cioè il bene dell'individuo umano concepito come ragione, volontà di riconoscimento reciproco e di conservazione della conquista del bene e dell'ordine sociale. Il bene comune si identifica continuamente nella relazione tra individuo e individuo mossa dall'intento di conservare il bene e l'ordine sociale conseguiti.

È quindi l'autorità che crea la società umana, nel senso non di convivenza o peggio coesistenza, ma nel senso di unione. L'essenziale nell'esperienza umana è attuare la ragione, cioè eliminare quell'anarchia molteplice degli individui che si contraddicono e si ostacolano reciprocamente: la società che versava in uno stato naturale dinanzi al quale l'individuo era passivo e tale doveva restare, diventa una creazione spirituale (autorità vuol dire autore, co-

⁷ Per le riflessioni sull'autorità e sul bene comune cfr., in particolare, G. CAPOGRASSI, *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi*, Lanciano 1921, ora in *Opere di Giuseppe Capograssi*, (a cura di Opocher) vol. I, Milano 1959, p. 151 ss.

lui che crea, che inizia qualcosa di nuovo) e da stato o situazione si trasforma in attività, in una ininterrotta formazione della volontà obiettiva. L'autorità, come intesa dal filosofo, punto di coesione accettato dalla volontà profonda di tutti gli uomini del consorzio civile, è la forza instancabile che crea il mondo sociale pur nel caos delle correnti egoistiche; ed il rapporto sociale avvilito a causa di una mera serie di operazioni economiche diventa una necessità spirituale dell'uomo, la comunicazione della verità e la sua attuazione concreta.

Com'è stato osservato in un pregevole studio generale, la nozione stessa di bene comune reca con sé l'idea della partecipazione ad un progetto di realizzazione dell'interesse comune (dei consociati), ma "con riguardo al comune denominatore della convergenza di intenti: il *bene comune*"⁸, appunto. In questa prospettiva il bene comune è inteso come *interesse comune pubblico* alla cui realizzazione tende -sia pure tra mille ostacoli e contraddizioni- l'intera collettività, accettando e sopportando il "costo" della sua gestione da parte della *res publica*, "punto di convergenza delle attese popolari ... e fonte da cui fluisce la regola ordinativa di tali attese".

La *res publica* ricomprende, nell'impostazione di questa dottrina, sia il Governo (della cosa pubblica che esprime gli *status* gestori), sia il popolo (identificato con gli *status* partecipativi) che gode della cosa pubblica. L'ente -inteso come *res*: "luogo", "posto", "fonte" "da cui scaturisce una regola d'ordine, un flusso 'benefico' (o anche 'malefico'): in generale, un punto di convergenza e di attrazione nella vita individuale ed in quella collettiva"- non è *portatore* della *res publica*, "ma la *gestisce*...per delega specifica" e l'interesse comune è il collante, il comune denominatore di convergenza al fine consociativo, di singoli *status e beni-diritti* dei partecipanti alla *civitas*⁹.

Evidentemente occorre che sussista un certo equilibrio tra il "settore gestorio" e il "settore partecipativo" o popolare, sicché la comunità accetta e sopporta i sacrifici che la gestione della *res publica* comporta, ricevendo il godimento delle posizioni reali relative al bene comune; ma, allorché questo equilibrio si perda a danno del settore "pubblico-popolare", tanto che esso viene "svuotato e monopolizzato dai 'reggitori', quando cioè il settore gestorio si

⁸ Cfr. C. MAIORCA, Voce *Beni*, cit., p. 34.

⁹ In questo senso, rileva C. MAIORCA, *op. cit.*, può parlarsi correttamente anche di interessi collettivi, soltanto con riguardo alla "pluralità dei 'collettivi comunitari', o neo-comunitari che variamente coesistono (se del caso affermando un loro interesse giuridico) entro la superiore comunità civica (e statutale); interesse, ed interessi, variamente proponibili in via competitiva nel quadro civico.

Non corretto, invece, è il riferire l'idea dell'interesse collettivo, come propria del livello civico (statuale) del giuridico comunitario. A tale livello si deve far parola di interesse comune, nel senso di interesse comune pubblico": il riferimento agli interessi collettivi come espressione del "senso del pubblico", infatti, darebbe vita ad una disgregazione della *res publica*. Nell'ipotesi, invece di affermazione e consolidazione della *res publica*, si può stabilire l'equivalenza tra interesse generale (in tal senso: comune) e bene pubblico (in tal senso: comune)".

appropria in via -se non esclusiva- preminente, del godimento delle posizioni reali”, espropriando di fatto *iura*, “che avrebbe dovuto viceversa rispettare, resta pur sempre, seppur affievolita, l’angolazione di conoscenza che val denominare ‘giuridica’, e ad essa si sovrappone quella politica”.

Sembra doversi concludere, in questa prospettiva tematica, che il bene comune diventa monopolio dei reggitori, in ragione dell’appropriazione del potere giuridico da parte del potere politico che affievolisce la connotazione “pubblica-popolare” della *res civica*, cioè del ‘sentimento’ dell’interesse pubblico come interesse comune: si spegne l’*affectio civitatis* e si distrugge la realtà giuridica del bene comune.

Sull’attualità dell’analisi critica di Maiorca in ordine al rapporto politico tra cittadino -governante in democrazia- e sul governo come insieme di organi statali, nonché in ordine al rapporto (di sostanziale e/o tendenziale immedesimazione economica) tra bene pubblico e interesse pubblico da una parte e bene comune dall’altra, non è necessario soffermarsi.

Se questo squilibrio può realizzarsi in virtù del profilo attributivo (del potere) che è insito nella norma¹⁰, occorre osservare che tale profilo va integrato con quello misurativo (di una proporzionalità tra posizioni e fonti assai diverse), anch’esso insito nella norma: in essa deve potersi rintracciare infatti la misura e la delimitazione del potere politico, sicché si scongiuri il rischio che la politica diverga “dalla sua ragion d’essere primaria di *reggimento* della cosa pubblica”, quindi di appoggio delle istanze di ordine che procedono dalla società civile.

È, infatti, evidente che l’esercizio della funzione pubblica implica un sacrificio (il generale costo della gestione del bene comune da parte della *res publica*, nel senso poco sopra chiarito) da parte della comunità: questa lo sopporta per consentire ai governanti di perseguire il bene comune, secondo le direttive che l’ordinamento giuridico impone. Da un lato attribuendo loro poteri unilaterali, dall’altro disciplinandone l’esercizio e fissandone i limiti a garanzia (si pensi alla funzione, certo neutrale, di produzione delle certezze pubbliche), non soltanto della loro legittimità, ma, soprattutto, del riconoscimento, del rispetto e della promozione degli interessi di tutti i componenti la comunità data, al cui perseguimento è finalizzata l’attribuzione stessa del potere.

L’analisi dell’esempio coraggioso del mediatore diffuso nella legge francese sulla modernizzazione della giustizia è valsa a mettere in luce che, se il *Conseil d’Etat* guida da qualche tempo un fenomeno di questa portata, esteso ai giudizi amministrativi, ma anzitutto concernente il processo civile, c’è da aspettarsi che il nostro ordinamento almeno avvii un percorso di incremento in concreto delle istanze giustiziali, donde deriverebbe ben presto l’espansione della funzione amministrativa dello stesso tipo e più in generale neutrale.

¹⁰ Richiamando la nozione che è nella parola greca *nomos*, *nomia* che esprime l’idea del distribuire dell’attribuire: *suum cuique tribuere* (Dig. 1.1.10.1). Cfr. C. MAIORCA, *op. cit.*

È stato ricordato ancora di recente da dottrina autorevole come anche con riferimento a quelle “antiche impostazioni” che, ben lungi dal cozzare con la realtà attuale, consentono di risistemare, in piena e consolante coerenza tasselli della costruzione dommatica del diritto amministrativo¹¹, che la vicenda del potere dell’amministrazione è storicamente modellata sull’ipotesi nella quale emergono nella realtà economico - sociale interessi individuali riconducibili ad una posizione di oggettivo e significativo contrasto con l’interesse pubblico.

La tendenza a focalizzare l’attenzione sulla quantità, qualità ed effettività della tutela degli interessi individuali -il cui studio è indubbiamente assai attraente per il giurista e si avvale dell’esperienza più diffusa dei *casus* giurisprudenziali- da parte dell’ordinamento giuridico, ha probabilmente indotto la dottrina a relegare spesso in un angolo “le ragioni dell’amministrazione e i mezzi unilaterali che (l’ordinamento) non può non accordarle perché possa attuare effettivamente” quegli “interessi collettivi per il cui perseguimento essa costituisce una *istituzione* dell’ordinamento”¹².

Nello svolgersi dello studio si è cercato di mostrare le molteplici difficoltà che incontra il radicamento di soggetti, organi ed organismi che, destinatari del compito di articolare e razionalizzare l’attività di appositi soggetti o organi pubblici rivolta alla comunità in veste del tutto neutrale, ricevono in dotazione un potere di notevole portata, talora irresistibile, che devono gestire con senso di misura, responsabilità ed equilibrio.

L’ultimo passaggio, quello che conduce alle funzioni amministrative neutrali, presenta, infatti uno specifico interesse: se ne è trattato ancor troppo poco in dottrina, forse per la polarizzazione dell’attenzione sulle nuove forme e soggettività di un esercizio indipendente della funzione amministrativa nelle attività a prevalente contenuto economico o in quelle riferite alla regolazione di comportamenti di massa, come nel caso di quelle affidate all’autorità anti-corruzione, al garante della *privacy* e in parte all’autorità per le comunicazioni e alle altre autorità amministrative indipendenti.

L’urgenza e la pregnanza dei problemi suscitati anzitutto sul piano sistematico da queste ultime spiegano probabilmente l’affievolimento dell’interesse scientifico nei confronti dell’approfondimento delle funzioni amministrative neutrali.

Ma, nel licenziare queste riflessioni si avverte la necessità di ripensare alle funzioni amministrative, non soltanto come fonte legittimata nel suo esercizio da un procedimento voluto e per i tratti principali disegnato dalla legge in termini di garanzia di risultati vantaggiosi per il cittadino, e, sull’altro versante,

¹¹ Forse in misura maggiore rispetto al passato, quando, mancando le complicazioni della semplificazione, il giurista non era costretto a mettere in discussione le categorie generali della vicenda amministrativa per rimodellarle al fine di adattare alle tendenze evolutive che connotano il nostro ordinamento giuridico di diritto amministrativo.

¹² Così ancora Alb. ROMANO, *Potere amministrativo*, cit., p. 411.

disciplinato per il raggiungimento della finalità costituzionale del buon andamento dell'amministrazione; infine caratterizzato dalla giustiziabilità indiscutibile di tutte le espressioni di quel potere, ormai amministrativo, "contro" (art. 113 Cost.) le quali deve poter chiedere l'intervento del giudice per evitare il pregiudizio della situazione soggettiva dei destinatari dell'esercizio positivo della funzione: dunque, senza dubbio funzione amministrativa, procedimento, processo, nella formula caratterizzata dal legame necessariamente progressivo tra situazioni e fasi oggettive, proposta decenni orsono dal Benvenuti, ma anche, all'interno della funzione amministrativa, la funzione amministrativa neutrale.

Nel senso che vanno a comporre l'oggetto del procedimento amministrativo e di quello che venga successivamente dedotto nel giudizio di legittimità e/o risarcitorio non sono soltanto le infinite fattispecie dell'esercizio dell'amministrazione attiva, ma anche quella fenomenologia dell'attuazione della funzione amministrativa che nell'ordinamento derivato connota ed esprime la frequente esigenza della neutralità: nella forma della funzione neutrale per avvicinare la certezza sul piano oggettivo e per il soddisfacimento di un bisogno più ampio di oggettività sostanzialmente indiscutibile, a tutela di valori tradotti in principi generali dalla Costituzione repubblicana, presenti nelle leggi ordinarie di più pregnante rilievo sociale e viva nelle pronunce della Corte costituzionale e della giurisprudenza più avveduta.

Funzione amministrativa (anche neutrale), procedimento, processo nell'ordine di rilevanza per un migliore accesso della complessiva attività dei pubblici poteri al risultato del buon andamento come espletamento efficace di compiti di benessere come di garanzia, a vantaggio di tutte le comunità che la funzione amministrativa ed il relativo esercizio, arricchito dai necessari passaggi attraverso la funzione neutrale, devono servire.

Regolamento per la pubblicazione sulle collane del Dipartimento Jonico

1. Collane di pubblicazioni del Dipartimento Jonico

Il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro ha tre distinte collane:

- Collana di pubblicazioni del Dipartimento Jonico (d'ora in poi Collana Cartacea), cartacea, affidata alla pubblicazione ad una Casa Editrice individuata con Bando del Dipartimento, ospita lavori monografici, atti congressuali, volumi collettanei.
- Annali del Dipartimento Jonico, collana di volumi pubblicata on line dal 2013 sul sito www.annalidipartimentojonico.org. Essa ospita saggi, ricerche, brevi interventi e recensioni collegati alle attività scientifiche del Dipartimento Jonico. Gli Annali del Dipartimento Jonico hanno cadenza annuale.
- Quaderni del Dipartimento Jonico, collana di volumi pubblicata on line sul sito www.annalidipartimentojonico.org. Essa ospita lavori monografici, atti congressuali, volumi collettanei.

2. Coordinamento delle Collane del Dipartimento Jonico

È istituito un Coordinamento delle Collane del Dipartimento Jonico formato dai Direttori delle tre collane che dura in carica per un triennio.

Il Coordinamento è diretto dal Direttore del Dipartimento in qualità di Direttore della Collana cartacea, ed è convocato, secondo le necessità, anche su richiesta dei Direttori delle Collane. La riunione del Coordinamento a discrezione del Coordinatore può essere allargata anche ai componenti dei Comitati Direttivi delle tre collane dipartimentali. Il Coordinamento approva o rigetta le proposte di pubblicazione dei volumi delle Collane, dopo l'espletamento delle procedure di referaggio da parte dei Direttori e dei Comitati Direttivi. In caso di referaggi con esito contrastante, il Coordinamento decide sulla pubblicazione del contributo, sentito il parere del Comitato Direttivo della collana interessata. Il Coordinamento provvede alla formazione dei Comitati scientifici e dei Comitati Direttivi secondo le modalità stabilite dagli articoli successivi.

3. Direttori delle Collane

La Collana Cartacea è diretta d'ufficio dal Direttore del Dipartimento Jonico. Il Direttore degli Annali del Dipartimento Jonico è eletto dal Consiglio di Dipartimento e la sua carica ha durata triennale. Il Direttore dei Quaderni del Dipartimento Jonico è eletto dal Consiglio di Dipartimento e la sua carica ha durata triennale. I Direttori ricevono le istanze di pubblicazione, secondo le modalità prescritte dagli articoli seguenti, valutano preliminarmente la scientificità della proposta, tenendo conto del curriculum del proponente e dei contenuti del lavoro, e procedono, nel caso di valutazione positiva, ad avviare le procedure di referag-

gio. I Direttori dirigono i lavori dei Comitati Direttivi e relazionano periodicamente al Coordinamento. I Direttori curano che si mantenga l'anonimato dei revisori, conservano tutti gli atti dei referaggi e informano gli autori sull'esito degli stessi, invitandoli alle necessarie modifiche/integrazioni, e, d'intesa con il Coordinamento, decidono la pubblicazione o meno, in caso di pareri contrastanti dei referees.

4 *Comitati scientifici*

Ogni collana ha un proprio comitato scientifico composto dai professori ordinari e associati del Dipartimento Jonico. Il Consiglio di Dipartimento può deliberare l'inserimento nel Comitato Scientifico di studiosi italiani o esteri non appartenenti al Dipartimento Jonico.

5. *Comitati Direttivi*

Ciascuna delle tre collane ha un proprio Comitato Direttivo formato da 4 professori ordinari o associati e 4 ricercatori, tutti incardinati nel Dipartimento Jonico. I Comitati Direttivi durano in carica tre anni e i componenti non sono immediatamente rieleggibili, salvo diversa delibera del Dipartimento Jonico. I requisiti per l'ammissione nei Comitati Direttivi sono determinati dal Consiglio di Dipartimento. A seguito di lettera del Coordinatore delle Pubblicazioni del Dipartimento Jonico, gli interessati presenteranno istanza scritta al Coordinamento che, in base alle indicazioni del Consiglio di Dipartimento, provvederà alla scelta dei componenti e alla loro distribuzione nei tre Comitati Direttivi. I Comitati Direttivi collaborano con il Direttore in tutte le funzioni indicate nell'articolo 3 ed esprimono al Coordinamento il parere sulla pubblicazione sulla loro collana di contributi che hanno avuto referaggi con esiti contrastanti. All'interno del comitato direttivo è stabilita la seguente ripartizione di funzioni: i professori ordinari e associati coadiuveranno il Direttore della Collana nelle procedure di referaggio, mentre i ricercatori cureranno la fase di editing successiva all'espletamento positivo della procedura di referaggio, sotto la direzione di un Responsabile di Redazione nominato dal Coordinamento delle Pubblicazioni del Dipartimento Jonico.

6. *Procedura di referaggio*

Tutte le Collane del Dipartimento Jonico adottano il sistema di referaggio a "doppio cieco" con le valutazioni affidate a due esperti della disciplina cui attiene la pubblicazione, preferibilmente ordinari.

La procedura di referaggio è curata dal Direttore della Collana con l'ausilio dei professori ordinari e associati dei rispettivi Comitati Direttivi.

7. *Proposta di pubblicazione*

La proposta di pubblicazione deve essere indirizzata al Direttore della Collana su modulo scaricabile dal sito www.annalidipartimentojonico.org,

nel quale il proponente dovrà indicare le proprie generalità e sottoscrivere le liberatorie per il trattamento dei dati personali e per l'eventuale circolazione e pubblicazione on line o cartacea del lavoro. Alla proposta di pubblicazione il proponente deve allegare il proprio curriculum vitae et studiorum e il file del lavoro in due formati (word e pdf).

Per la pubblicazione sulla Collana Cartacea il proponente dovrà indicare i fondi cui attingere per le spese editoriali. Le proposte di pubblicazione dovranno attenersi scrupolosamente ai criteri editoriali pubblicati sul sito www.annalidipartimentojonico.org. Nel caso di non corrispondenza, i direttori potranno restituire il file e non ammettere la proposta. Nel caso siano previste scadenze, pubblicate sul sito, la proposta dovrà tassativamente entro la data indicata. I Direttori comunicheranno agli autori l'avvio della procedura di referaggio e il suo esito.

Espletata positivamente la procedura di referaggio, i responsabili della redazione delle rispettive Collane invieranno agli autori le indicazioni cui attenersi per la fase di editing.

