

COMITATO DI REDAZIONE:

Fulvia Abbondante

Fabio Altamura

Giulia Aravanitinou Leonidi

Ylenia Maria Citino

Antonio Cremonese

Caterina Di Costanzo

Rosanna Fattibene

Anna Fortunato

Antonio Gusmai

Claudia Marchese

Francesca Minni

Maria Grazia Nacci

Giacomo Palombino

Luca Pardi

Nicola Pettinari

Antonia Maria Scaravilli

Franco Sicuro

Palmina Tanzarella

Michela Tuozzo

Paolo Zicchittu



PASSAGGI COSTITUZIONALI



PASSAGGI COSTITUZIONALI

ANNO 2021 - NUMERO 1 - ISSN 2732-8236



ETP books

DIRETTORI SCIENTIFICI:

Anna Maria Nico

Salvatore Prisco (resp.)

COMITATO SCIENTIFICO:

Carla Acocella

Charalambos Anthopoulos (Gr)

Ines Ciolli

Cecilia Corsi

Marco Galdi

Carlo Iannello

Luca Longhi

Giovanni Luchena

Raffaele Manfredi

Paola Mazzina

Juan Francisco Mestre Delgado (Sp)

Stefania Ninatti

Anna Papa

Luca Pedullà

Vasco Pereira da Silva (P)

Giancarlo Sorrentino

Renata Spagnuolo Vigorita

Vincenzo Tondi della Mura

Silvia Tuccillo

Alessandra Valastro

SEGRETARIO DELLA RIVISTA:

Marco Galdi

**PAS SAGGI
COSTITUZIONALI**

PASSAGGI COSTITUZIONALI

rivista semestrale

Anno I - Numero 01 - Giugno 2021

ISSN 2732-8236

revisione: Francesca Minutoli
grafica - impaginazione: Enzo Terzi

© ETPbooks 2021

I contenuti di questa rivista sono in Open Access.

Notizie della rivista possono trovarsi sul sito: www.passaggicostituzionali.it
oppure su: <https://passaggicostituzionali.blogspot.com>

Questa rivista è stata stampata con il contributo del Dipartimento di
Scienze Economiche e Statistiche dell'Università degli Studi di Salerno



ETPbooks

Atene
www.etpbooks.com
etpbooks@gmail.com



Indice

Editoriale	pag. 7
Avvertenza	pag. 10

ATTI DEL CONVEGNO “TECNOLOGIA E ANTICORRUZIONE”

<i>SALUTI</i>	
Magnifico Rettore dell’Università degli Studi di Salerno (Vincenzo Loia)	pag. 13

Direttore del Dipartimento di Scienze Economiche e Statistiche dell’Università degli Studi di Salerno (Paolo Coccoresè)	pag. 14
---	---------

<i>INTRODUZIONE</i>	
Il contrasto alla corruzione e le possibilità offerte dalle nuove tecnologie (Andrea Pertici)	pag. 16

<i>1° SESSIONE</i>	
Trasparenza, informatica e prevenzione della corruzione (Anna Maria Nico)	pag. 27

Tecnologia e repressione della corruzione (Carlo Longobardo)	pag. 38
---	---------

Giusto procedimento telematico e anticorruzione (Luca Pedullà)	pag. 50
---	---------

Giusto processo telematico e anticorruzione (Luca Longhi)	pag. 60
--	---------

<i>2° SESSIONE</i>	
<i>E-procurement</i> e anticorruzione (Giancarlo Sorrentino)	pag. 69

La corruzione vinta dall'egoismo: dalla logica degli adempimenti alla responsabilità verso i risultati (Antonio Leo Tarasco)	pag. 83
--	---------

La prevenzione dei fenomeni corruttivi e l'uso delle tecnologie nel sistema delle procedure selettive (Francesco Armenante)	pag. 110
---	----------

Tecnologia, anticorruzione e gestione degli interessi nella pubblica amministrazione (Marco Galdi)	pag. 125
---	----------

Conclusioni (Salvatore Prisco)	pag. 154
---	----------

<i>MISCELLANEA</i>	
Il rilancio dell’economia attraverso aiuti statali proattivi e condizionati (Giovanni Luchena)	pag. 162

Prospettive di convergenza tra sostenibilità ambientale e sviluppo economico nella strategia italiana di contrasto al cambiamento climatico: il caso delle Zone Economiche Ambientali (Carla Acocella)	pag. 177
--	----------

Cosa resta della discrezionalità legislativa? A proposito di due recenti pronunce della Corte costituzionale in tema di maternità surrogata (Paolo Zicchittu)	pag. 200
---	----------

<i>RIFLESSIONI COMPARATE</i>	
Pequena crónica constitucional da pandemia de covid-19 no Portugal de 2020 (Vasco Pereira Da Silva)	pag. 224

<i>I CONTEMPORANEI DEL FUTURO</i>	
Attualità di Carl Schmitt: un cattivo maestro e la sua ineludibile lezione (Salvatore Prisco)	pag. 238

Appunti a margine del Kelsen “parlamentarista”, teorico di una concezione realistica della democrazia (Antonio Giusmai)	pag. 255
---	----------

Sintesi dei contributi/Abstract	pag. 273
Notizie sugli Autori	pag. 293

Editoriale

Una crisi è un bivio e contiene una possibilità di scacco, ma anche un'opportunità.

Viviamo nel pieno di una crisi epocale generata prima dalla globalizzazione e adesso aggravata da una pandemia. Non si tratta della prima volta nella storia: già ad esempio la peste nera, la febbre spagnola, il colera hanno a più riprese funestato il mondo, apportando lutti, sconvolgendo abitudini, costringendo le persone a mutamenti individuali e collettivi. Certo, usciremo anche da questa prova, per effetto del combinato disposto tra scoperte e applicazioni della medicina e saggi comportamenti delle persone; ma intanto questo è un monito alla nostra *hybris* e ci ricorda quanto siamo fragili. Se saremo accorti a trarne una lezione, ci insegnerà che la corda dello stress all'ambiente e della cattiva organizzazione sociale - tale in quanto fondata su disuguaglianze di diritti e opportunità tra garantiti e no, all'interno di un singolo Paese e nei rapporti reciproci fra questi - non va troppo tesa, perché alla lunga si spezza e con essa rompe ogni possibilità di convivenza armonica e pacifica.

In questo clima, un gruppo di giuristi, colleghi e amici (convocati da uno di loro, che è lì docente, all'Università di Salerno, per un convegno che era stato pensato in presenza, ma poi ha dovuto essere rimandato e si è infine svolto nella modalità da remoto, divenuta di questi tempi consueta) ha incominciato ad interrogarsi sull'idea di dare vita a una rivista di diritto pubblico, perché sono sempre le contingenze difficili a imporre di spingere lo sguardo oltre le difficoltà del presente e a fare sognare un diverso, aperto orizzonte, una speranza di ripresa del cammino, nelle condizioni di fatto che si renderanno via via possibili.

Dalle discussioni - svoltesi in collegamento rigorosamente telematico, che man mano si sono estese a tutti i componenti dell'attuale Comitato Scientifico - è emersa subito la consapevolezza che incombesse a noi tutti, in quanto gruppo fondatore che propone la Rivista, l'onere di caratterizzarla, in modo che la nuova voce sia udibile con toni che la differenzino da quelle, ottime, già in campo.

Ci è parso allora che proprio la situazione che subiamo mostrasse in modo naturale la strada lungo la quale avventurarsi: partire cioè dall'occasione per dipanare un filo che ci si augura possa riuscire vitale, per poi via via irrobustirsi e farsi apprezzare per vivacità intellettuale e capacità di approfondimento, prima nelle tradizionali modalità a stampa e in seguito, se l'impresa sarà confortata da un iniziale successo e dall'adesione permanente degli studiosi, trasferendosi (anche o solo, questo è ancora da decidere) sul *web*.

Tendenze di trasformazione erano già percepibili, nel primo ventennio del XXI secolo, nell'ambito del diritto pubblico, tanto nazionale, quanto sovranazionale. Immaginiamo che il coronavirus (con le cautele e le restrizioni che ci ha imposto) le acceleri, le renda più chiare e visibili; e che al tempo stesso non sia più possibile tornare - se e quando esso fosse ricondotto sotto controllo, com'è augurabile - alla situazione preesistente al suo manifestarsi.

Senza pretesa di esaurire un elenco che sarebbe lunghissimo, ma solo sfogliando i titoli più evidenti dei capitoli di un testo ideale da scrivere, occorrerà riflettere ancora sulla personalizzazione degli Esecutivi; sul problematico ruolo dei Parlamenti di fronte al manifestarsi di istanze di intervento diretto delle masse nella gestione della politica, nonché delle pretese della valutazione scientifica e delle tecnocrazie che ne propongono l'imperiosità; sul progressivo affermarsi della centralità delle Corti e della decisione giudiziaria; sul moltiplicarsi delle figure di diritti fondamentali, mentre sembra essere meno avvertita l'esigenza di un, invece assolutamente necessario e correlativo, carico di doveri e solidarietà; sul quadro di difficoltà e affanno nei rapporti tra poteri centrali e autonomie territoriali e funzionali; sulla necessità di assicurare a tutti gli strumenti e la formazione per un'adeguata "cittadinanza telematica", dotandola quindi di uno statuto giuridico saldo; sull'ineludibile imperativo di offrire all'umanità (ivi comprese le generazioni future) la garanzia di sopravvivere in un mondo che una sin troppo facile previsione induce a ritenere ulteriormente minacciato da catastrofi ambientali, che occorre invece ad ogni costo prevenire. Così, non si potrà evitare di interrogarsi ancora sui riflessi giuridici della bioetica e delle acquisizioni della robotica, anche in rapporto ai mutamenti del diritto del lavoro.

Ogni settore del diritto pubblico consegnatoci da una tradizione comunque da tempo già sconvolta e in continuo divenire ne viene toccato, in società multiculturali, multietniche, eticamente e per fedi e costumi differenziate quanto mai in passato, interessate dalla costruzione di un costituzionalismo multilivello che confederà nelle unioni sovranazionali popoli e organizzazioni di potere, tra cui è evidente lo stridere e la non facile componibilità di esigenze e mentalità giuridiche diversificate: dalle forme di Stato a quelle di governo, dalle fonti del diritto all'operatività efficace ed efficiente delle organizzazioni potestative centrali e locali (assemblee politiche ad ogni livello, apparati amministrativi e quelli preordinati a garantire giustizia, dal giudice del più piccolo paese a quello che a Berlino fa tornare il sorriso al mugnaio del noto episodio), alla panopia delle situazioni di vantaggio e di vincolo, continuamente rimodellate dallo sviluppo sociale e dal mutare delle esigenze di chi preme per vedersi riconosciuta l'assicurazione e la protezione secondo diritto di un bene della vita, alla giustizia costituzionale. Né sfugge a questa trasformazione la pubblica amministrazione,

che in uno Stato sociale in piena crisi diventa il banco di prova di ogni concreta possibilità quantomeno di attenuare quelle diseguaglianze, che così negativamente incidono sulla tenuta della società e sulle prospettive future.

È intenzione indagare la molteplicità di questi temi, con uno sguardo a quanto accade nei Paesi del Sud dell'Europa e, più in generale, del Mediterraneo, come testimonia la presenza nel Comitato Scientifico della Rivista di colleghi provenienti da Grecia, Portogallo e Spagna, nella consapevolezza del rischio di marginalità che ha colpito, nel mondo globalizzato, il Vecchio Continente e potrebbe tradursi in un'ulteriore riduzione, in questa particolare area geografica cui il nostro stesso Paese appartiene, dei diritti costituzionali.

Al tempo stesso, i cambiamenti palesi e quelli ancora non intravisti pongono il tema del confine e del suo oltrepassamento.

Fuor di metafora: ben coscienti degli strumenti e dei metodi del nostro specifico ambito professionale e non disposti a dismetterli, vogliamo però esplorare l'altro da noi, coltivare curiosità intellettuale, alimentare inquietudine, perché l'arroccamento in settori disciplinari potrà essere utile nei concorsi universitari (ed è poi da vedere fino a che punto e per quanto tempo ancora), ma non può apprestare una prigione al pensiero critico, né allontanare il diritto costituzionale dalla vita.

Aiutare per quanto sta in noi in tale modo la costruzione dell'umano (nell'epoca del post-umano) è dunque l'ambizione che ci percorre e che abbiamo anche voluto consegnare emblematicamente al titolo della rivista. È una contaminazione buona, cui ci siamo educati per noi stessi e che vogliamo continuare a spargere per i nostri studenti e per chi ci leggerà.

Il Comitato Scientifico della Rivista

Avvertenza

Il convegno sul tema “Tecnologia e Anticorruzione” si è svolto in forma di *webinar* il 27 novembre 2020: organizzato come manifestazione in presenza dalla Cattedra di Diritto Pubblico del Dipartimento di Scienze Economiche e Statistiche dell’Università di Salerno per la primavera precedente, quindi rinviato a causa dell’epidemia da Covid-19, si è tenuto, infine, da remoto.

Esso, tuttavia, ha costituito l’occasione, per alcuni degli attuali componenti del Comitato Scientifico di questa Rivista, di avviare una comune riflessione sulla necessità per i giuristi pubblicisti di confrontarsi con tematiche di confine - qual è appunto quella del rapporto fra prevenzione della corruzione e nuove tecnologie -, in una stagione di profondi cambiamenti.

Da questa riflessione è nato il Comitato promotore dell’impresa, che oggi approda al primo numero di “*PasSaggi Costituzionali*”.

È parso dunque alla Direzione una scelta doverosa pubblicare integralmente gli atti del Convegno su “Tecnologia e Anticorruzione”, inaugurando così una prassi che si intende consolidare con i numeri successivi della Rivista, cioè quella di distinguerla in due parti: la prima ospiterà atti di convegni su temi a cavallo fra il diritto pubblico ed altre branche della conoscenza; la seconda ospiterà ulteriori riflessioni di studiosi italiani e stranieri, che potranno spianare la strada a successivi momenti di incontro.

Si precisa, infine, che ai sensi del punto 1.3. del Procedimento di Revisione fra pari dei contributi presentati alla rivista, gli atti del presente convegno non sono soggetti a valutazione e sono pubblicati sotto la diretta responsabilità della Direzione.

La Direzione

ATTI DEL CONVEGNO "TECNOLOGIA E ANTICORRUZIONE"

Saluto del Rettore dell'Università di Salerno

Buongiorno a Voi tutti, un saluto particolare al direttore, Prof. Paolo Coccorese, tanto coinvolto nell'organizzazione di questo evento, che ritengo estremamente interessante ed emergente.

Come informatico sono particolarmente sensibile all'incrocio fra queste strade disciplinari, quella dell'anticorruzione e quella delle tecnologie. Sono problemi molto seri, che coinvolgono essenzialmente tutti i Governi e anche tutte le aziende più importanti del mondo.

Giusto per citare un'esperienza, probabilmente una delle prime che si è svolta in Cina nel 2012, è con piacere che ricordo un esperimento - ma è stato molto più di un esperimento: è stato il primo intervento di massa, quindi su tutte le amministrazioni pubbliche della Cina - in cui è stato usato un sistema base di intelligenza artificiale, il famoso “zero trust”, per identificare in maniera automatica un insieme di crimini soprattutto legati ai reati contro la pubblica amministrazione. Il sistema in poco tempo identifica più di 4000, poi arriva ad 8000 casi, e poi viene in parte disabilitato Perché? Perché funzionava male? No, funzionava bene. I casi che era riuscito a identificare erano veramente reati di natura amministrativa. Ma è stato disattivato perché la giurisprudenza è qualcosa di più complesso, fortunatamente, che non vuole solo identificare il reato ma lo vuole anche capire.

Su questo c'è tutto un mondo ancora di problemi e quindi di opportunità per tutti, per quelli che lavorano nel settore economico, giuridico, delle tecnologie di natura economica: perché non è solo importante identificare i casi di corruzione (per questo abbiamo delle tecnologie oggi fortunatamente mature, dall'intelligenza artificiale al *blockchain* ai *big data*), ma resta aperta la sfida della comprensione di quello che si chiama il *cognitive computing*.

Quindi, ben vengano veramente iniziative del genere: sono importanti!

Vi ringrazio e saluto voi tutti. Grazie per il vostro contributo!

Prof. Vincenzo Loia

Saluto del Direttore del Dipartimento di Scienze Economiche e Statistiche

Sono davvero lieto di ospitare tra le mura ahimè “virtuali” del Dipartimento di Scienze Economiche e Statistiche dell’Università di Salerno il convegno “Tecnologia e Anticorruzione”, sia per il prestigio dei relatori che per la centralità del tema.

Infatti, la discussione sugli aspetti giuridici connessi alla corruzione e sul ruolo che la tecnologia riveste ai fini del suo contrasto si innesta in modo eccellente sul dibattito che da tempo coinvolge il nostro Paese, anche (o forse soprattutto) per i costi economici e sociali che i fenomeni corruttivi ci impongono.

Uno sguardo al *Corruption Perception Index* (CPI) elaborato per il 2019 da *Transparency International* (un movimento che si propone di combattere a livello internazionale ogni forma di ingiustizia derivante dalla corruzione) ci segnala che l’Italia si colloca al 52° posto (su 180 Paesi) come livello di corruzione percepita dai propri cittadini, preceduta anche da nazioni quali Qatar, Botswana e Uruguay.

Non solo. Qualche anno fa è stato calcolato che, se l’Italia avesse lo stesso livello di corruzione presente in Germania (che nella graduatoria del CPI occupa un dignitoso 12° posto), il reddito medio annuo degli italiani sarebbe più alto di circa 9.700 euro, corrispondenti a un incremento di circa 800 euro al mese.

Al di là del mero dato numerico (che è stimato, e quindi magari soggetto ad ampi margini di errore), l’esempio precedente è comunque eloquente nell’evidenziare quanto sia “costoso” per gli italiani dover convivere con la corruzione nelle sue diverse forme.

Gli studi sono concordi nel mostrare che minore è la corruzione percepita in un Paese, maggiore è la qualità delle sue istituzioni, cioè del complesso delle strutture organizzate che concorrono al funzionamento di un Paese (sistema giudiziario, enti di governo, legislazione...).

Non va altresì dimenticato che una maggiore corruzione determina un più ridotto livello di investimenti, sia nazionali che stranieri, i quali invece costituiscono il primo volano per l’occupazione e più in generale per la crescita economica, con quest’ultima che a sua volta trascina anche quella sociale (sostanzialmente, si tratta di un processo inverso a quello da noi vissuto nell’ultimo anno, quando la crisi economica generata dal *lockdown* anti-Covid ha comportato significative tensioni sociali).

Volgendoci all’altro tema del convegno, ovvero alla tecnologia, è accertata

in modo indubbio la correlazione tra scarsa digitalizzazione e corruzione. La spiegazione è intuitiva: il ricorso alla tecnologia conferisce maggiori capacità di individuazione di condotte illecite a parità di sforzi investigativi, come pure consente di attuare meccanismi di monitoraggio più intelligenti ed efficaci. In questo senso, la tracciabilità delle attività svolte e la trasparenza delle azioni amministrative giocano un ruolo primario.

Sono certo che molti spunti di riflessione scaturiranno dalle relazioni di tutti gli autorevoli partecipanti al convegno. Per questo, desidero ringraziarli - insieme al collega Marco Galdi, cui si deve l’intera impeccabile organizzazione dell’evento - per aver approfondito in modo così efficace un tema estremamente importante e indubbiamente attuale.

Prof. Paolo Coccorese

PROFESSORE ORDINARIO DI ECONOMIA POLITICA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

Il contrasto alla corruzione e le possibilità offerte dalle nuove tecnologie

di ANDREA PERTICI

SOMMARIO: 1. Il fenomeno corruttivo tra repressione e prevenzione. - 2. Inquadramento del sistema di prevenzione della corruzione in Italia. - 3. Uno sguardo sulle possibili applicazioni della tecnologia in funzione anticorruttiva.

1. Il seminario che questo intervento introduce ha ad oggetto due temi connessi, quali l'anticorruzione e la tecnologia, che sono certamente di grande e crescente attualità. Infatti, la crisi alla quale la pandemia ha dato luogo ha portato e soprattutto porterà all'utilizzo di ingenti risorse pubbliche (e quindi di tutti), che faranno aumentare i rischi di corruzione e cattiva amministrazione, che l'utilizzo delle nuove tecnologie, al cui sviluppo la stessa crisi sembra avere dato nuovo impulso, può contribuire a contrastare.

In effetti, come noto, il fenomeno corruttivo è molto insidioso, poiché si basa su un *pactum sceleris* tra corruttore e corrotto che nessuno dei due ha normalmente interesse a far emergere. In Italia, il fenomeno è molto diffuso e risale nel tempo (basti ricordare, ad esempio, lo scandalo della Banca Romana del 1892) e, da questo punto di vista, la situazione non è migliorata con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, che pure prevede, tra i principi fondamentali, quelli di democrazia, uguaglianza e solidarietà, dai quali discende che le funzioni pubbliche siano esercitate nell'esclusivo interesse pubblico (ciò risultando ulteriormente valorizzato, in relazione a ciascuna di queste, da più specifiche disposizioni costituzionali)¹, e che, in effetti, all'art. 54, prevede, per coloro che esercitano funzioni pubbliche (elettive o di carriera), il dovere di adempierle con disciplina ed onore, stabilendo così un dovere di fedeltà qualificato, da cui discende anche la previsione degli artt. 28, 97 e 98, relativi, rispettivamente, alla diretta responsabilità dei funzionari e dipendenti dello Stato e degli enti pubblici, all'organizzazione dei pubblici uffici in modo da assicurare l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione, all'operato dei pubblici dipendenti per l'esclusivo servizio della nazione. Anzi, l'assetto politico-partitico con il quale – e grazie al quale – l'ordinamento costituzionale repubblicano era nato è

stato corroso da una diffusissima corruzione, emersa soprattutto nei primi anni Novanta del secolo scorso e nota come “Tangentopoli”. Nonostante l'energico contrasto alla corruzione che in quel periodo fu portato avanti, soprattutto con l'indagine “Mani pulite”, la successiva emersione di numerosi grandi casi di corruzione (basti ricordare l'inchiesta P3, quelle che hanno travolto i Consigli regionali del Lazio e della Lombardia nel 2012, e ancora quelle sul Mose, l'Expo, le “grandi opere”, fino a quella nota come “Mafia capitale”, oltre a numerose altre) ha mostrato come essa non sia stata sconfitta, ma abbia trovato, anzi, forme di sviluppo sempre più sofisticate e più difficili da individuare anche perché è venuta meno la loro concentrazione, quella sorta di “regia nazionale”, che era resa possibile dalla struttura solida dei partiti politici².

A fronte di una tale diffusione e complessità del fenomeno, il contrasto alla corruzione è avvenuto, fino a un'epoca piuttosto recente, sostanzialmente solo attraverso i tradizionali strumenti repressivi, che pure sono stati affinati e implementati anche attraverso una legislazione recente. Tuttavia, il limite di questi ultimi è che intervengono una volta che l'episodio corruttivo si è realizzato, non riuscendo così ad evitare una serie di conseguenze negative, che vanno dall'inefficienza dell'amministrazione pubblica al danno per la competitività del sistema economico e al dissesto delle finanze pubbliche, nonché alla compromissione della fiducia dei cittadini nelle istituzioni. Tutto ciò rappresenta un costo altissimo per la collettività e per questo occorre agire anzitutto preventivamente. Ciò avviene su più piani che vanno dalla diffusione della cultura della legalità al miglioramento dell'efficienza della Pubblica Amministrazione all'individuazione di veri e propri specifici strumenti di prevenzione della corruzione, al fine di evitare le appena ricordate dannose conseguenze, che altrimenti permangono anche a seguito della reazione repressiva posta in essere dall'ordinamento.

Se è vero che gli strumenti di prevenzione non hanno, nel nostro Paese, una tradizione consolidata come altrove (ad esempio, negli Stati Uniti d'America), è altresì da riconoscere come, da ormai alcuni anni, anche sulla spinta di documenti elaborati in sedi internazionali e sovranazionali (dall'ONU all'OCSE, dal Consiglio d'Europa, nel cui ambito opera in particolare il *Group of States against corruption*, noto come GRECO³, alla stessa Unione europea), siano stati posti in essere importanti interventi di prevenzione della corruzione⁴, i quali hanno dato

² Cfr. A. VANNUCCI, *Corruzione nella politica e corruzione della politica: l'evoluzione del caso italiano*, in A. PERTICI – M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo di un sistema in evoluzione*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 23 ss.

³ L'Italia è entrata a farne parte nel 2007. Attualmente ne fanno parte quarantasette Stati europei, ai quali si aggiunge l'Unione europea, mentre hanno lo status di osservatori gli Stati Uniti d'America, il Canada, il Messico, il Giappone, Israele e Città del Vaticano.

¹ Sul punto sia consentito rinviare, per praticità, ad A. PERTICI, *Il conflitto di interessi*, Giappichelli, Torino, 2003, in part., pp. 59 ss.

risultati riconosciuti anche da istituzioni internazionali come la Banca mondiale e *Transparency International*, che elaborano indici di misurazione della corruzione (o meglio della sua percezione), che vedono l'Italia recuperare molte posizioni rispetto al passato. Ciò non significa, naturalmente che i risultati siano soddisfacenti, come emerge dalle stesse valutazioni internazionali appena ricordate.

2. Dal punto di vista normativo, un momento molto rilevante si è avuto con la legge 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. “legge Severino”), recante «disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione». Essa introduce, per la prima volta, un vero e proprio sistema preventivo, non mancando, però, di intervenire anche sull’apparato repressivo, sia con l’ampliamento delle figure di reato (si pensi, ad esempio, al traffico di influenze illecite) sia aumentando le pene. Questa legge – come già opportunamente sottolineato⁵ – è stata approvata in un momento molto favorevole, che ha determinato il superamento di precedenti resistenze (che talvolta riemergono chiedendo abrogazioni di sue parti). Infatti, ci trovavamo in una fase politica fortemente caratterizzata dalle esigenze di risanamento dei conti pubblici, in cui era messo giustamente in luce come la dissipazione di risorse pubbliche fosse da imputare in larga misura all’illegalità, dall’evasione fiscale alla corruzione, da intendere non solo come fattispecie penalistica, ma come comprensiva di qualunque utilizzo di risorse pubbliche a fini personali.

La “legge Severino” ha previsto anche una serie di deleghe, esercitate, in particolare, con il d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, sulle incandidabilità e il divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo a seguito di sentenze definitive di condanna per determinati delitti non colposi; il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, sulla trasparenza amministrativa (su cui si è poi nuovamente intervenuti con d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97); il d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, sulle inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico. La legge prevedeva altresì una modifica del d.lgs. 30 marzo

2001, n. 165, cioè il testo unico sul pubblico impiego, relativamente alla norma sul codice di comportamento, approvato quindi con d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62.

Naturalmente, è possibile in questa sede solo accennare al fatto che la trasparenza amministrativa, che assume rilievo centrale nell’ordinamento amministrativo e che ormai pervade tutta la struttura dei rapporti tra poteri pubblici e cittadini, trovando compiuta declinazione in una pluralità di istituti e strumenti di diritto positivo (come il dovere di motivazione dei provvedimenti, il diritto di accesso ai documenti amministrativi, gli obblighi di pubblicazione) è certamente anche volta a contrastare la corruzione, ma non esaurisce in questo la propria funzione. Quest’ultima, in effetti, risulta ben più ampia e parte dall’esigenza di assicurare il rafforzamento delle garanzie democratiche e di partecipazione nei confronti dei pubblici poteri, mirando alla protezione anche di altri interessi come il miglioramento della qualità dei servizi, il controllo sulle performance dei dipendenti e delle organizzazioni, la riduzione della spesa pubblica, la tutela della concorrenza.

Nel sistema della legge 190/2012, grande importanza ha l’Autorità nazionale anticorruzione, che ha assunto anche le funzioni che furono proprie dell’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, a dimostrazione di quanto il legislatore ritenga questo settore sensibile. L’Autorità, che è diversa dalle altre, perché non è “di settore” (come quelle per l’energia, per la concorrenza e il mercato, per le comunicazioni, ecc.), ma trasversale⁶, ha sia la funzione di raccogliere notizie e segnalazioni di illeciti che quella di comminare sanzioni amministrative, nel caso in cui il soggetto obbligato ometta l’adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione⁷.

In proposito, infatti, occorre ricordare che la legge prevede un sistema di “piani”, volti a stabilire linee e misure specifiche per la prevenzione della corruzione. In particolare, l’Autorità predispone il piano nazionale anticorruzione (PNA), individuando i principali rischi di corruzione e i relativi rimedi e offrendo altresì indicazioni alle amministrazioni per redigere i loro piani. Il PNA, che ha durata triennale (l’ultimo è stato approvato con Delibera n. 1064 del 13 novembre 2019), con aggiornamenti annuali, costituisce atto di indirizzo per le

⁴ Come vedremo nel prossimo paragrafo, la prima vera e propria legge anticorruzione è certamente la n. 190/2012 (c.d. “legge Severino”); tuttavia, già con la legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. “legge Merloni”) erano stati fatti alcuni interventi in relazione all’ambito più esposto alla corruzione che è quello dei contratti pubblici (di lavori). In questo ambito, in particolare, fu istituita l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, poi ripresa in altri Paesi europei, anche sulla base delle direttive nn. 17 e 18/2004.

⁵ R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 27 novembre 2017.

⁶ L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5 (2016), pp. 605 ss.

⁷ Sull’Autorità nazionale anticorruzione, cfr., ad esempio, R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La Nuova autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2015; A.I. NICOTRA (a cura di), *L’autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, Torino, 2016 e più di recente A. TORTORA, *La prevenzione della corruzione. Un sistema in continua evoluzione*, Giappichelli, Torino, 2018 (in part., cap. III, 99 ss.); R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018 (in part., lezione 10, pp. 166 ss.).

pubbliche amministrazioni e gli altri soggetti indicati all'art. 2-*bis* del d.lgs. n. 33/2013 (come gli enti pubblici economici e gli ordini professionali, le società in controllo pubblico ed altri). Infatti, accanto al Piano anticorruzione nazionale, vi sono i piani triennali di prevenzione della corruzione (PTPC), adottati dalle singole amministrazioni entro il 31 gennaio di ogni anno, da parte dell'organo di indirizzo (variabile da amministrazione a amministrazione), su proposta del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, divenuti, a seguito del d.lgs. n. 97/2016, Piani triennali di prevenzione della corruzione e della trasparenza (PTPCT), con un'apposita sezione dedicata a quest'ultima. I PTPCT trovano nel PNA le indicazioni di carattere generale a cui rifarsi, e nei quali ciascuna amministrazione fissa le misure, che, anche in relazione alle proprie specificità, sono considerate utili ai fini della prevenzione del rischio corruttivo, procedendo con la mappatura dei processi che caratterizzano aree di rischio, l'individuazione dei fattori che possono agevolare episodi di corruzione, le misure per evitarli.

Succeivamente il legislatore è ulteriormente intervenuto per prevedere altri strumenti attraverso i quali la P.A. può prevenire la corruzione. Tra questi, in particolare, il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 (emanato in attuazione di una delega contenuta nella legge 7 agosto 2015, n. 124, c.d. "legge Madia") sulla trasparenza (c.d. "Foia italiano", richiamando il *Freedom of Information Act*, che dagli Stati Uniti si è diffuso in decine di Paesi del mondo relativamente alla previsione dell'accesso civico generalizzato⁸, che si affianca agli strumenti tipici⁹ dell'accesso civico semplice e degli obblighi di pubblicazione¹⁰), nonché il nuovo Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, oggetto di revisione con

d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, che interviene su quello che certamente è il settore più critico rispetto all'emergere di episodi di corruzione.

Succeivamente è stata approvata anche la legge 30 novembre 2017, n. 179, recante «Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato» (il c.d. *whistleblowing*), che reinterviene su uno strumento già previsto dall'art. 1, comma 51 della legge n. 190/2012¹¹, per una migliore tutela dei dipendenti pubblici che segnalano reati o irregolarità di cui sono venuti a conoscenza, al fine di determinare un contesto favorevole a denunce non strumentali degli episodi di corruzione, in modo da avviare meccanismi di controllo reciproco nel personale delle amministrazioni e delle società. Si tratta di una misura di prevenzione particolarmente efficace in contesti che, per ragioni organizzative o per il tipo di attività svolta, risultano difficilmente controllabili dall'esterno. Il sistema di tutele del segnalante si articola su due garanzie: la protezione dell'identità dello stesso, sia esso un dipendente pubblico (art. 54-bis del d. lgs. n. 165/2001) o privato, e il divieto di adottare misure ritorsive. Le segnalazioni possono essere rivolte all'Anac, al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza della propria amministrazione, alla Corte dei conti o all'autorità giudiziaria. Recentemente, questa disciplina è stata interessata da un percorso di armonizzazione a livello europeo, culminato con la direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo e del Consiglio, che impone al legislatore italiano di mettere di nuovo mano alla regolazione dell'istituto, avendo un ambito di estensione più ampio della disciplina italiana e presentando diversi aspetti innovativi, anche sul fronte delle tutele accordabili.

Ulteriori interventi sono stati poi posti in essere con la c.d. "legge Grasso" (n. 69/2015), che si pone, però, sul piano della risposta penale e la c.d. "spazzacorrotti" (legge n. 3/2019), che pure si pone soprattutto sul piano della disciplina penalistica e degli strumenti di indagine, e che introduce efficaci strumenti sanzionatori (si veda l'incapacità a contrarre con la Pubblica amministrazione a seguito di condanna definitiva per reati di corruzione) e elementi di trasparenza nel finanziamento della politica, che certamente rispondono a una logica di prevenzione: infatti, in primo luogo, i contributi in denaro complessivamente superiori,

⁸ Sul FOIA si vedano J.R. ARNOLD, *Secrecy in the Sunshine Era: the Promise and Failure of US Open Government Laws*, Lawrence (KS), University of Kansas Press, 2014; B. S. NOVECK, *Is Open Data the Death of FOIA?*, in *The Yale Law Journal*, n. 126, 2016; D. POZEN, *Freedom of Information beyond the Freedom of Information Act*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, 1097 ss. Sull'applicazione in Italia, ad esempio, M.A. SANDULLI – L. DROGHINI, *La trasparenza amministrativa nel FOIA italiano. Il principio della conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione*, in *Federalismi.it*, n. 19/2020, pp. 401 ss.; M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. Amministrativo*, n. 3/2019, p. 453.

⁹ Sul punto si vedano S. SERGIO, *Il diritto d'accesso procedimentale e il diritto d'accesso civico*, in *Federalismi.it*, n. 20/2020; M. LIPARI, *Il diritto di accesso e la sua frammentazione dalla legge n. 241/1990 all'accesso civico: il problema delle esclusioni e delle limitazioni oggettive*, in *Federalismi.it*, n. 17/2019.

¹⁰ Ci sono 270 obblighi di pubblicazione sulla sezione del sito riguardante l'amministrazione trasparente che seppur abbiano una loro utilità, rischiano tuttavia di pubblicare una grandissima quantità di dati che poi finisce per ingenerare, almeno in chi non vada a cercare una cosa specifica, in realtà a sua volta una certa opacità.

¹¹ Le linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*), adottate con delibera ANAC 28 aprile 2015, n. 6, per fornire supporto agli operatori nell'interpretazione della norma in materia contenuta nella "legge Severino", ne mettevano in evidenza le criticità, in relazione al soggetto a cui presentare la segnalazione, alla tutela della riservatezza e all'ambito soggettivo di applicazione. A. TORTORA, *La prevenzione della corruzione*, cit., pp. 39 ss.

nel corso dell'anno, a 500 euro per soggetto erogatore, o altre forme di sostegno dal valore equivalente, elargiti a partiti e movimenti politici sono sottoposti ad un particolare regime di pubblicità; inoltre, per i partiti e i movimenti politici, nonché per le liste che partecipano alle elezioni nei comuni con più di 15.000 abitanti, è introdotto il divieto di ricevere contributi, prestazioni o altre forme di sostegno provenienti da Governi o enti pubblici di Stati esteri e da persone giuridiche aventi sede in uno Stato estero non assoggettate ad obblighi fiscali in Italia; ancora, è vietato alle persone fisiche maggiorenni non iscritte nelle liste elettorali elargire contributi ai partiti o movimenti politici ovvero alle liste che partecipano alle elezioni nei comuni con più di 15.000 abitanti. Vengono altresì rese più severe le norme sulla tracciabilità dei contributi ai partiti politici e soprattutto, nella logica di un aumento della trasparenza nei rapporti tra partiti o movimenti politici e fondazioni, sono puntualmente definiti gli enti che, in ragione della caratteristica composizione dei propri organi e del tipo di liberalità elargite a tali organizzazioni, si ritengono equiparati a partiti e movimenti politici ai fini dell'adempiimento degli obblighi in materia di trasparenza e semplificazione.

Se certamente la normativa richiamata ha mostrato alcune difficoltà applicative e alcuni appesantimenti procedurali che rischiano di portare a loro volta a distorsioni del buon andamento dell'amministrazione, occorre anzitutto constatare come nel complesso essa paia avere prodotto effetti significativamente positivi e anche per questo non può non esprimersi qualche preoccupazione per il ricorrente emergere di inviti ad una generica "semplificazione", che non sembrano tanto mirare a interventi chirurgici volti all'eliminazione di alcuni appesantimenti burocratici superabili, ad esempio, cambiando la sequenza di alcuni passaggi procedurali o consentendo una maggiore condivisione di informazioni o di documentazione già in possesso delle amministrazioni, ma piuttosto auspicare una sorta di "liberi tutti", che tradisce l'idea secondo cui le regole sono impicci, anziché garanzie. Rispetto a queste richieste occorre quindi essere molto cauti.

Alcuni interventi hanno trovato spazio del decreto legge "semplificazione", n. 76/2020, convertito con modificazioni in legge n. 120/2020, che ha introdotto una disciplina ampiamente derogatoria rispetto alle modalità di assegnazione degli appalti, attraverso il maggiore ricorso agli affidamenti diretti, alle procedure negoziate senza bando, almeno per quanto riguarda le procedure sotto soglia, deroghe sulle garanzie provvisorie, sulla applicazione della normativa antimafia, anche nei sopra soglia, deroga alle procedure negoziate sui sopra soglia e così via, suscitando qualche preoccupazione. Ciò non significa che interventi "semplificatori" non si possano fare, ma questi dovrebbero essere mirati, potendosi intervenire, ad esempio, in merito alle centrali di committenza, alla documentazione

da fornire, alla possibilità di frazionamento di alcune opere, anche al fine di non fare troppo del singolo appalto l'occasione di vita o di morte dell'impresa, senza, però, perdere di vista la necessità che sia assicurata la massima correttezza e un'autentica e leale concorrenza, che è sempre una buona garanzia anche del contrasto alla corruzione.

Se l'insieme degli interventi normativi così sommariamente ricostruiti ha prodotto effetti soddisfacenti nel contrasto alla corruzione, essi dovrebbero però accompagnarsi, per essere più efficaci, a una diversa cultura dell'amministrazione e a significative riforme dell'amministrazione stessa, che, a fronte di riforme ormai anche risaltanti nel tempo (a partire dalla legge n. 241/90), fatica ad adottare un approccio maggiormente trasparente e partecipativo¹².

3. In questo contesto, la tecnologia, consentendo la digitalizzazione della Pubblica Amministrazione (a cui è mirato il Piano triennale per l'informatica nella P.A. redatto da AgID), per la quale oggi è previsto, in ogni amministrazione, ai sensi dell'art. 17 del Codice dell'amministrazione digitale, un Responsabile per la transizione digitale, può essere di sicuro aiuto. In questo modo, infatti, da un lato si migliora l'efficienza dei servizi e, dall'altro, si rende l'attività maggiormente accessibile e tracciabile, contribuendo a fare della P.A., per usare un'espressione turatiana, una "casa di vetro", valorizzando l'elemento della trasparenza¹³, che – come accennavamo – è ormai parte essenziale della legislazione anticorruzione, grazie ai già ricordati d.lgs. nn. 33/2013 e 97/2016 (c.d. "FOIA").

In effetti, l'importanza dell'acquisizione di informazioni e della possibilità di intrecciarle è fondamentale nel contrasto alla corruzione, come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale con sent. n. 20/2019¹⁴ nella quale pure si

¹² Ad es., G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Il Mulino, Bologna, 1996; S. SEPE, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-2017)*, ES, Napoli, 2018.

¹³ Sul rapporto tra anticorruzione e trasparenza si vedano, *ex pluribus*, A. PATRONI GRIFFI, *Il fondamento della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 marzo 2016; A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giust. Civ.*, 2/2015, pp. 228 ss.; F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Maggioli, Rimini, 2013, pp. 20 ss.

¹⁴ Si vedano O. POLLICINO - F. RESTA, *Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte costituzionale*, in *Agenda Digitale*, 24 febbraio 2019; G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione giustizia*, 4 marzo 2019; M. TRAPANI, *La sentenza della Corte*

riconosce la necessità di un adeguato bilanciamento tra trasparenza e riservatezza¹⁵. Afferma in particolare la Corte che «l'indicizzazione e la libera rintracciabilità sul web, con l'ausilio di comuni motori di ricerca, dei dati personali pubblicati, non è coerente al fine di favorire la corretta conoscenza della condotta della pubblica dirigenza e delle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche. Tali forme di pubblicità rischiano piuttosto di consentire il reperimento "casuale" di dati personali, stimolando altresì forme di ricerca ispirate unicamente dall'esigenza di soddisfare mere curiosità»¹⁶.

Ciò evidenzia l'importanza dei dati, di cui si occupa il Codice dell'amministrazione digitale agli artt. 50 ss., oggetto di "condivisone" tra le P.A. per mere finalità istituzionali e a titolo gratuito. In questo modo si può avere un contenitore unico, interoperabile e fruibile, dove poter accedere ai dati di tutte le altre amministrazioni, facilitando così sia la fase di integrazione dei servizi che di controllo dei procedimenti¹⁷, i quali alimentano, tra l'altro, il funzionamento di tecnologie emergenti quali l'intelligenza artificiale (IA) e la *blockchain*, a loro volta utilizzabili nel contrasto alla corruzione.

L'utilizzo delle tecnologie emergenti¹⁸ può risultare utile a questo scopo anche per la particolare affidabilità che in numerosi settori hanno già dato prova di poter garantire. I sistemi di intelligenza artificiale, ad esempio, rendono possibile un'analisi profonda e interconnessa di grandi quantità di dati che, se adeguatamente utilizzati, consentono alle Pubbliche Amministrazioni di verificare i procedimenti mediante l'utilizzo di *software ad hoc*.

In particolare, l'intelligenza artificiale consente l'elaborazione di numerosi dati e lo sviluppo di *output* attraverso sistemi di *deep learning* e *machine learning*, con i quali si può realizzare una verifica, anche predittiva, mediante

Costituzionale n. 20 del 2019: tra trasparenza e privacy nel sistema di anticorruzione, digitalizzazione delle nuove tecnologie, in *Il Foro Italiano*, n. 1 del 2020.

¹⁵ Sul difficile bilanciamento tra privacy e trasparenza si vedano I. A. NICOTRA, *Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in *Federalismi.it*, 2019; L. CALIFANO, *Trasparenza e privacy: la faticosa ricerca di un bilanciamento mobile*, in L. CALIFANO - C. COLAPIETRO (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Editore Scientifico, Napoli, 2014.

¹⁶ Così Corte cost. sent. n. 20 del 2019.

¹⁷ La condivisione deve essere tuttavia distinta dal riutilizzo, ossia la possibilità di tutti di accedere e operare sui dati pubblici anche per fini commerciali, che interessa in gran parte i privati (e quindi anche i cittadini) ed è disciplinato, oltre che all'art. 52 del CAD, dalla direttiva PSI (*Public sector information*).

¹⁸ Sul tema si vedano E. BERRITTERI, *Big Data Analytics e compliance anticorruzione. Profili problematici delle attuali prassi applicative e scenari futuri*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2 del 2019, pp. 289 ss.; M. TRAPANI, *La prevenzione e il controllo della corruzione e dell'etica pubblica mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 15 aprile 2018.

l'elaborazione di un algoritmo che analizza grandi flussi di dati, anche differenti tra loro, e ne evidenzia le criticità e i rischi connessi. Così, ad esempio, l'IA è stata utilizzata da numerosi governi al fine di analizzare il flusso di beni preziosi o la compravendita illecita. L'applicazione dell'IA ai grandi flussi di dati permette altresì una maggiore responsabilizzazione delle Amministrazioni e, più in generale, degli stessi Stati, in quanto attraverso i dati è possibile tracciare la loro intera attività: si pensi a quanto avvenuto in questi mesi, in cui vi sono stati numerosi interventi in campo economico e sanitario (in larga scala ma altresì caso per caso), assunte sotto la spinta dell'emergenza e quindi anche con procedure "semplificate", ma che, attraverso il tracciamento e l'elaborazione dei dati, sono sottoponibili a maggiori controlli, migliorando l'*accountability* delle scelte compiute. Numerose ricerche¹⁹ hanno evidenziato come proprio la possibilità di analisi di ingenti flussi di dati e con un differente grado di profondità può aiutare a svelare eventuali connessioni tra transazioni o elementi patologici di un sistema, risolvendo altresì problemi e compiendo calcoli complessi secondo logiche razionali tipiche dell'uomo. Naturalmente, prima ancora che ai fini dell'attività di controllo, l'intelligenza artificiale è utilizzata ormai sempre di più al fine dell'assunzione di un crescente numero di decisioni, che incidono anche sulle libertà individuali, creando un legame sempre maggiore tra IA e diritto, che chiama in causa il diritto costituzionale, il cui ruolo è essenziale nella programmazione della soluzione tecnologica al fine di "orientare" il bilanciamento effettuato in sede di elaborazione algoritmica²⁰.

Un altro strumento tecnologico certamente molto rilevante anche nel controllo dell'attività pubblica, al fine di prevenire (e/o disvelare) comportamenti *lato sensu* corruttivi, è la *blockchain*²¹ mediante la quale è possibile registrare, senza possibilità di modifica occulta, ogni azione compiuta in un determinato processo. Tale tecnologia, oltre a rendere possibile una sostanziale immutabilità, garantisce altresì una possibilità di accesso diffuso a una serie di dati e informazioni che vengono registrati e tracciano quindi tutte le azioni susseguites in un tale procedimento. Mediante questa tecnologia, ad esempio, è possibile certificare ogni azione e ogni procedimento fino all'atto finale, dando così la

¹⁹ https://www.ictsecuritymagazine.com/articoli/il-legame-big-data-intelligenza-artificiale-nel-contrasto-alla-corruzione/#_ftn1.

²⁰ Sul punto si veda A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Rivista di Biodiritto*, n. 1 del 2019, pp. 63 ss.

²¹ Sul tema si veda, tra i molti, M. BELLEZZA, *Blockchain*, in M.T. PARACAMPO (a cura di), *FinTech: Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giapichelli, Torino, 2017, pp. 217 ss.

possibilità a qualsiasi controllore di verificare ogni passaggio in modo semplice, sicuro e automatico. Proprio la tecnologia *blockchain*, ad esempio, può essere utile per quanto riguarda la tracciabilità dei fondi, le gare di appalto con le relative offerte o per verificare la veridicità di una licenza o l'attenta conservazione e distribuzione dei vaccini.

In sintesi, quindi, si può esprimere un giudizio complessivamente positivo rispetto al percorso intrapreso da alcuni anni dall'Italia rispetto al contrasto (soprattutto sotto forma di prevenzione) alla corruzione, che, anche stando agli indici internazionali di misurazione della corruzione stessa (pur sempre approssimativi), ha migliorato la situazione del nostro Paese e pare di poter confidare circa il fatto che la digitalizzazione della Pubblica amministrazione e l'utilizzo delle nuove tecnologie potranno produrre miglioramenti sia dal punto di vista dello snellimento dei procedimenti che la suddetta normativa richiede sia dal punto di vista del miglioramento dell'efficacia dei controlli anche pubblici.

Trasparenza, informatica e prevenzione della corruzione*

di ANNA MARIA NICO

SOMMARIO: 1. Prevenire la corruzione. - 2. La trasparenza e la garanzia dei diritti. - 3. La gestione e la fruizione dei dati.

1. Il titolo della relazione che mi accingo a svolgere mette in connessione tre profili, la trasparenza, l'informatica e la prevenzione della corruzione che, com'è a tutti noto, rivestono un ruolo determinante non solo per i loro effetti sull'efficienza dell'azione dei pubblici poteri, ma anche per le implicazioni giuridiche correlate al necessario bilanciamento degli interessi sottesi.

Nell'esame dei tre aspetti considerati, comincerò dalla prevenzione della corruzione in considerazione del fatto che nell'ultimo decennio, almeno fino al 2018, la normativa dettata per contrastare il fenomeno corruttivo è stata prevalentemente indirizzata a privilegiare i mezzi e gli strumenti finalizzati alla sua prevenzione. Tant'è che in linea con la legge n. 190/2012 è stata emanata anche la successiva disciplina del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, approvato con D.P.R. n. 62 del 2013, che ha individuato nell'etica pubblica il fulcro della normativa¹.

Una tendenza che, com'è noto, ha subito un cambio di rotta con la legge 9.1.2019, n. 3 la quale ha modificato la legge n. 190/2012 ed ha introdotto nuove misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione rifacendosi al rapporto GRECO (gruppo di controllo sulla corruzione del Consiglio d'Europa) del 18.6.2018.

Privilegiare gli strumenti di prevenzione rimane tuttavia uno dei sistemi più efficaci per arginare il fenomeno in quanto, da un lato, precede l'aspetto patologico della violazione dell'ordine giuridico penalmente rilevante e, dall'al-

*La presente relazione riprende il mio contributo *Il casellario informatico ANAC, la prevenzione della corruzione e la libertà di iniziativa economica privata*, pubblicato su www.dirittifondamentali.it, 3.8.2020.

¹ S. NERI, *Il rilievo giuridico dei codici di comportamento nel settore pubblico in relazione alle varie forme di responsabilità dei pubblici funzionari*, in www.amministrazioneincammino.it, 18.10.2016.

tro, educa la società ad attribuire il giusto valore alla cosa pubblica². Infatti, il metodo preventivo mira essenzialmente a diffondere la cultura della legalità e ad investire «nella diffusione di una cultura civica diversa, fondata su valori di attaccamento e di rispetto della “cosa pubblica”» che consente «in primo luogo al cittadino e poi ai “servitori” pubblici di questi, di operare sempre nel rispetto delle leggi e dell’interesse comune»³.

Una cultura della legalità, peraltro, non estranea alla Costituzione del 1948 la quale, seppur implicitamente, connota la corruzione in termini di “disvalore costituzionale implicito”... “nella misura in cui integra condotte offensive nei confronti di precisi valori costituzionali”⁴. Ed è, infatti, attraverso le diverse disposizioni costituzionali, quali l’art. 28, l’art. 54 e gli artt. 97 e 98, che si disegnano il contorno e il contenuto dell’agire pubblico e, nelle loro diverse declinazioni, si indicano in via generale i principi dell’agire non solo della Pubblica Amministrazione, intesa come Stato-apparato bensì, anche, del singolo cittadino affidatario di funzioni pubbliche.

La Costituzione, dunque, fa degli obblighi, dei doveri e delle responsabilità il punto cardine dell’agire dei pubblici dipendenti e dello Stato-apparato. Si tratta di quei doveri enunciati nell’art. 2 della Costituzione, alcuni dei quali vengono poi specificati in altre disposizioni costituzionali, quali quelle della difesa della Patria (art. 52), del concorso alle spese pubbliche (art. 53), della fedeltà alla Repubblica e, per gli affidatari di pubbliche funzioni, il dovere di adempierle con disciplina e onore (art. 54, co. 1 e 2)⁵.

² Su tale aspetto si fa rinvio a G. TARLI BARBIERI, *Corruptio optimi pessima*, Modena, 2020, 11, il quale chiarisce come “affidarsi in questa materia alla sola repressione rischia di alimentare l’idea, in sé perversa, secondo la quale ciò che non è rilevante sul piano penalistico è in sé, e, per così dire, “a tutto tondo” lecito, con ciò smarrendo i confini tra responsabilità politica e responsabilità penale e alimentando, anche al di là delle intenzioni, una propria “supplenza” del potere giudiziario, oggetto di ricorrenti polemiche nel nostro Paese”.

³ Cfr. C. BUZZACCHI, *Il codice di comportamento come strumento preventivo della corruzione: l’orizzonte di un’etica pubblica*, in *Amm. comm.*, 22.5.2013, 10. Cfr. altresì B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2013, pp. 123 ss.

⁴ Ai valori costituzionali impliciti fa riferimento M. GALDI, *La corruzione come disvalore costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2019.

⁵ Nella sistematizzazione operata da C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, pp. 768 ss., le situazioni giuridiche soggettive derivanti dai doveri costituzionali vanno “divise a seconda che riguardino i cittadini in genere ovvero i cittadini qualificati in base a particolari posizioni o requisiti connessi all’esercizio di una funzione pubblica”, distinguendo nell’ambito di quest’ultima categoria le situazioni giuridiche derivanti dall’art. 54, secondo comma, il cui dovere è di ogni funzionario, qualunque sia il rango ed ufficio, da quelle di singole categorie di funzionari (Presidente della Repubblica, membri del Parlamento, Consiglieri regionali, ecc).

Ed è il corretto equilibrio tra l’adempimento dei doveri e il riconoscimento dei diritti costituzionali a diventare, dunque, il vero punto di snodo che consente la effettiva attuazione dello Stato costituzionale di diritto.

I principi di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione completano il quadro costituzionale sopra descritto anche in considerazione della circostanza che la loro effettività si realizza, a sua volta, anche attraverso l’attuazione del principio di trasparenza dell’attività amministrativa, considerato uno degli strumenti più immediati ed efficaci per prevenire la corruzione⁶.

A tal riguardo, diversi sono stati gli interventi riformatori, tra i quali particolarmente rilevanti sono le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 33 del 2013 (c.d. Decreto Trasparenza), modificato dai d.lgs. n. 124 del 7.8.2015 e n. 97 del 2016 (c.d. Decreto F.O.I.A., *Freedom of Information Act*), quest’ultimo definito da una recente pronuncia della Corte costituzionale come “il punto di arrivo del processo evolutivo che ha condotto all’affermazione del principio di trasparenza amministrativa, che consente la conoscenza diffusa delle informazioni e dei dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni”⁷.

2. Un apparato pubblico che rende sempre più “trasparente” ed accessibile ai cittadini i dati relativi all’attività amministrativa costituisce un obiettivo di certo non nuovo nel panorama del diritto amministrativo. Tuttavia, diversamente da quanto accaduto negli scorsi decenni, la rapida diffusione ed implementazione delle tecnologie delle informazioni e comunicazioni ha fornito uno strumento di rimodulazione dell’esercizio dell’azione e della struttura amministrativa.

Tali innovazioni, come è stato fatto notare, hanno dato vita ad una nuova funzione della P.A., “volta alla organizzazione, fruizione e gestione dei dati (o, semplicemente, funzione amministrativa dei dati), quale componente dei poteri organizzatori pubblici”⁸.

Il problema di fondo è che la evoluzione tecnologica e la prassi amministrativa corrono a velocità diverse e mentre la prima richiede un continuo aggiorna-

⁶ I. NICOTRA, *Il quadro delle fonti normative in tema di prevenzione e contrasto alla corruzione*, in A. PERTICI, M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione*, Torino, 2019, p. 62, ritiene che ““il salto di qualità” che cambia il modo di essere dell’amministrazione nelle relazioni con i cittadini si deve alla trasparenza”.

⁷ Così, Corte cost., sent. n. 20 del 2019.

⁸ In tal senso, D.U. GALETTA, *Open Government, Open Data e azione amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, p. 672. L’Autrice, sul punto, si rifà espressamente alla innovativa ricostruzione di G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell’amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017, p. 36.

mento tecnologico e una rapida raccolta dei dati, la seconda stenta a scrollarsi di dosso una burocrazia stratificata che regge con difficoltà le innovazioni apportate dagli strumenti informatici.

Non può trascurarsi di considerare, però, che un passo in avanti per l'implementazione dell'*open government* è stato realizzato attraverso l'accesso civico generalizzato (art. 5 del D. lgs. n. 97 del 2016), il quale consente all'utente di accedere a qualsiasi atto o documento nella disponibilità della P.A., senza che il soggetto richiedente vanti una posizione giuridicamente rilevante nei confronti dell'Amministrazione stessa⁹.

In tal modo si è inteso, ai sensi dell'art. 5, "favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche", che presuppongono l'obbligo di rendere pubblici i documenti della pubblica amministrazione e garantire il controllo dell'agire amministrativo.

Si tratta di innovazioni dall'evidente impatto sociale, oltre che istituzionale, in quanto consentono di realizzare l'immediatezza, l'efficienza e – non secondariamente – la semplificazione della strategia pubblica, riducendo così i rischi di infiltrazioni malavitose nel procedimento amministrativo e la sopravvenienza di un più generale fenomeno di *maladministration*.

La predisposizione della digitalizzazione dell'azione e della struttura amministrativa, infatti, consentirebbe di rendere più "trasparente" l'amministrazione anche allo scopo di prevenire, attraverso un controllo efficace, ogni forma di infiltrazione illegale nell'azione pubblica.

Il progressivo consolidamento e diffusione delle tecniche informatiche e della digitalizzazione dell'azione amministrativa, quali l'utilizzo di *software* innovativi e multifunzionali e la digitalizzazione degli archivi pubblici hanno, ad esempio, contribuito a conoscere le modalità attraverso le quali l'Ente pubblico destina le risorse di cui dispone, i risultati che ottiene ed i costi sostenuti. Tutto ciò ha comportato, in alcuni casi, il superamento del principio della segretezza degli atti in possesso dalla P.A.¹⁰.

Non meno significativo in tal senso si è rivelato il ricorso alle tecnologie informatiche e digitali ed in particolare alla capacità di elaborazione dei *big data* posseduti dall'Amministrazione per mezzo dei c.d. algoritmi. Attraverso tale strumento l'attività dell'amministrazione¹¹ potrebbe essere meno condizionata

da soggetti esterni, interessati ad orientare l'azione amministrativa in un senso piuttosto che in un altro. A tal fine, decisivo è considerato l'ausilio delle intelligenze artificiali, le quali, da un lato, limitano la discrezionalità dell'azione amministrativa, rimessa sostanzialmente alla capacità di elaborazione dell'algoritmo prescelto, e, dall'altro lato, dovrebbero rendere trasparente l'azione della P.A. Nello specifico, particolarmente proficua si è rivelata la c.d. modellazione digitale (meglio conosciuta con l'acronimo B.I.M., *Building Information Modeling*)¹², la quale ha contribuito a favorire la diffusione di una nuova tipologia contrattuale, quella dei c.d. contratti semantici, in grado di progettare e modificare il comportamento delle parti contraenti in funzione delle nozioni acquisite¹³.

Le innovazioni tecnologiche, tuttavia, non possono e non devono elidere il necessario tasso di politicità sotteso all'azione amministrativa e, quindi, la discrezionalità delle scelte operate dalla P.A.¹⁴. Tuttavia, le tecnologie digitali ed informatiche rendono possibile la diffusione delle informazioni consentendo che anche attraverso tali mezzi possano essere attuati i principi costituzionali del "buon andamento" e dell'"imparzialità" dell'azione amministrativa. Infatti, restando sul piano costituzionale, il modello di una amministrazione aperta (*Open Government*), informato ai c.d. tre pilastri della «trasparenza, partecipazione e collaborazione», ha implementato un rinnovato rapporto di apertura tra P.A. e cittadini che, attraverso la digitalizzazione del settore pubblico, ha permesso di dare attuazione, da un lato, al principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale (ex art. 118, co. 4 Cost.) tra P.A. e *cives*, e, dall'altro, quello verticale, con-

ralismo. *L'Amministrazione di fronte alla sfida digitale*, Rimini, 3/2019, pp. 600 ss. Gli Autori evidenziano come "la possibilità di utilizzare le enormi quantità di dati (*big data*), di cui le PA sono tradizionalmente in possesso, per alimentare gli algoritmi, rende questi ultimi molto appetibili nell'elaborazione delle politiche pubbliche, nell'organizzazione e nell'azione dell'amministrazione".

¹² Sul punto, cfr. G. M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, pp. 739 ss., la quale sottolinea che "l'uso del *Building Information Modeling* sin dalla iniziale definizione della domanda pubblica potrebbe garantire gli stessi dati di progetto ai diversi utilizzatori (amministrazioni aggiudicatrici, operatori economici, autorità di vigilanza, cittadini), assicurando la trasparenza, la definizione degli obiettivi e favorendo la cooperazione in fase di attuazione. La modellazione digitale può essere utile sia per la manutenzione di opere esistenti, sia per la selezione, l'esecuzione e la gestione di nuove opere. Inoltre, la tecnologia favorisce un approccio conforme ai principi di sostenibilità e dell'economia circolare, poiché considera in fase progettuale, costruttiva o demolitiva una riduzione degli sprechi e dei residui dei materiali, ovvero il relativo riuso".

¹³ In argomento, cfr. S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, II, 10, 2018, pp. 1787 ss.

¹⁴ Al riguardo, cfr. I. M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, pp. 643 ss.

⁹ Sul punto A. PAPA, *Dati pubblici, trasparenza e libera circolazione delle informazioni*, in A. PAPA (a cura di), *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2018, pp. 165, 166.

¹⁰ Cfr. A. PAPA, *Dati pubblici, trasparenza e libera circolazione delle informazioni*, cit., pp. 159 ss.

¹¹ Indagano il rapporto tra algoritmi ed azione amministrativa, G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Istituzioni del Fede-*

tenuto nel principio di leale collaborazione, per il tramite della rete relazionale informatizzata che si è istituita tra le diverse PP. AA.

Il modello di amministrazione finalizzato al perseguimento dei tre obiettivi citati deve dare, quindi, effettività alla trasparenza, intesa, secondo la definizione di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 33 del 2013, "come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche". Da ciò consegue, ai sensi dell'art. 10, un obbligo per la pubblica amministrazione di predisposizione di un Piano Triennale per la Trasparenza e l'Integrità.

3. La trasparenza e la prevenzione della corruzione, tuttavia, non devono rappresentare i soli obiettivi che la informatizzazione può conseguire, in considerazione della particolare rilevanza che la innovazione tecnologica assume nel settore economico¹⁵.

Garantire l'accesso c.d. libero ai dati della P.A. al fine di conoscere come vengono gestite le risorse pubbliche, non è, come anticipato, un'attività priva di conseguenze giuridiche. L'obiettivo di un apparato pubblico con una organizzazione che consenta la trasparenza dei dati impone la predisposizione di un adeguato sistema di garanzie, al fine di evitare che alcune informazioni in possesso della P.A. diventino oggetto di conoscenza e di sfruttamento per ragioni che esulano dall'interesse pubblico¹⁶.

Per tal motivo, l'accesso civico generalizzato e tutte le altre forme di connessione diretta tra il cittadino e la P.A. devono essere strettamente preordinati a "favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche" (art. 1, c. 1, del d.lgs. n. 33 del 2013)

¹⁵ Sul profilo dei risvolti economici delle banche dati in possesso della pubblica amministrazione si rinvia a G. LUCHENA, S. CAVALIERE, *Il riutilizzo dei dati pubblici come risorsa economica: problemi e prospettive*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2020, pp. 151 ss.

¹⁶ "Questo implica che si debba naturalmente valutare se la divulgazione sia finalizzata a fornire trasparenza sulle modalità di condotta degli affari pubblici e su questioni di interesse per la società nel suo insieme; e quindi, in ultima analisi, se sia finalizzata a consentire la partecipazione dell'insieme della collettività al governo pubblico. In conclusione, l'interesse sotteso all'accesso generalizzato al fine di interesse pubblico non può essere ridotto alla voglia di informazioni sulla vita privata dei consociati". Così L. RUFO, *La trasparenza amministrativa: la ricerca di giusto equilibrio tra il diritto d'accesso generalizzato e il diritto alla riservatezza*, in A. PERTICI, M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione*, Torino, 2019, p. 210. Su tali profili cfr. anche A. PAPA, *Dati pubblici, trasparenza e libera circolazione delle informazioni*, cit., pp. 169 ss.

e non già a soddisfare un "pretensivo diritto alla notizia"¹⁷, finalizzato alla mera diffusione di informazioni che non hanno alcuna incidenza sulla funzione sociale. In sostanza, la diffusione e la circolazione delle informazioni devono essere funzionali alla corretta azione amministrativa e non possono di certo spingersi sino al punto di sacrificare altri diritti costituzionalmente garantiti. A tal proposito la Corte costituzionale, con la sentenza n. 20/2019¹⁸ ha messo in luce la rilevanza del necessario bilanciamento degli interessi in gioco che, da un lato, vede il diritto alla trasparenza e, dall'altro, il diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali.

Non di meno il bilanciamento¹⁹ deve essere informato ad un criterio di proporzionalità (del sacrificio)²⁰, tra l'esigenza di garantire l'integrità dell'azione amministrativa attraverso le suddette "forme diffuse di controllo" sociale, realizzate – anche, se non soprattutto – per mezzo degli strumenti informatici e la tutela di altrettanti principi costituzionalmente rilevanti come quello della libertà di iniziativa economica privata (*ex art. 41 Cost.*).

Infatti, la digitalizzazione dei dati inerenti agli operatori economici tocca tali diritti, i quali possono essere incisi laddove le informazioni di cui dispone la P.A. siano diffuse senza una adeguata ponderazione sulla utilità della loro diffusione. Non solo, anche la conservazione dei dati necessita di un costante monitoraggio che riguardi la verifica delle informazioni e il loro aggiornamento. Le informazioni erranee o obsolete potrebbero rappresentare un ostacolo alla continuazione od alla ripresa dell'attività, come ad esempio quelle aventi caratterizzazione negativa per l'impresa. Tutto ciò, come già detto, al fine di non comprimere la libertà d'iniziativa economica degli operatori economici, i quali, una volta destinatari di provvedimenti "interdittivi" resi pubblici attraverso le

¹⁷ Cfr. A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Napoli, 1969, pp. 69 ss.

¹⁸ Sul punto ampiamente, I.A. NICOTRA, *Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in *www.federalismi.it*, 3.4.2019.

¹⁹ In argomento, il T.A.R. Campania (sent. 5901/2017) ha avuto modo di precisare che "ai fini dell'applicazione della disciplina in tema di prevenzione della corruzione e della trasparenza (...) il diritto a conoscere prevale sulla tutela dei dati personali, se l'amministrazione nel fornire il dato generico richiesto avrebbe potuto omettere tutte le informazioni impattanti con il diritto alla riservatezza del controinteressato".

²⁰ A tal riguardo si rinvia anche alla normativa sul trattamento dei dati personali ed in particolare al d.lgs. n. 196/2003 (c.d. Codice della *Privacy*), al Regolamento EU n. 679/2016 (c.d. GDPR), il quale, in particolare, nel *considerando* n. 4, ha previsto che il diritto alla protezione dei dati personali deve essere temperato con diritti altrettanto fondamentali, in base ad un criterio di proporzionalità e al d.lgs. n. 101 del 2018, il quale ha introdotto nel c.d. Codice della *Privacy* l'art. 2-sexies, rubricato "*Trattamento di categorie particolari di dati personali necessario per motivi di interesse pubblico rilevante*".

banche dati, potrebbero subire dei danni irreversibili laddove i provvedimenti adottati si dovessero rivelare destituiti di fondamento.

Per comprendere meglio la dinamica sottesa alla correlazione dei diritti summenzionati, a titolo meramente esemplificativo, può essere richiamato uno dei settori maggiormente attenzionati rispetto all'interesse che essi sollecitano nelle piccole e grandi organizzazioni criminali che è quello dei contratti pubblici²¹.

Il d.lgs. n. 50 del 2016, all'art. 213, comma 10, prevede il "casellario informatico dei contratti pubblici", la cui funzione consiste nel raccogliere i dati relativi agli operatori economici da fornire alle stazioni appaltanti. In esso possono essere iscritte e, al contempo, consultate le principali informazioni riguardanti la vita professionale di un'impresa aggiudicatrice di contratti pubblici, indicando ogni ritardo, errore, condanna e qualsiasi altro elemento possa rivelare una potenziale illiceità da cui conseguono azioni nei confronti dell'imprenditore. L'art. 80 del Codice fornisce un elenco delle informazioni da inserire nel casellario e l'art. 213, al comma 10, prevede che "l'Autorità stabilisce *le ulteriori informazioni che devono essere presenti nel casellario ritenute utili ai fini della tenuta dello stesso*, della verifica dei gravi illeciti professionali di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c), dell'attribuzione del rating di impresa di cui all'articolo 83, comma 10, o del conseguimento dell'attestazione di qualificazione di cui all'articolo 84".

L'art. 80, soprattutto con riguardo al comma 5, lettera c) ha originato non pochi problemi interpretativi²² in quanto, in tale sua parte, la disposizione prevede che la stazione appaltante può escludere l'operatore economico dalla procedura laddove dimostri con mezzi adeguati che quest'ultimo si sia reso "*colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*". Il comma 13 del medesimo articolo stabilisce che sia l'ANAC a precisare meglio la portata di tale statuizione, come la definizione dei mezzi di prova e le carenze nell'esecuzione dei precedenti contratti.

L'art. 213, al comma 10, nel prevedere la possibilità che possano essere oggetto di segnalazione delle non meglio specificate "notizie utili", di fatto affida all'ANAC un ruolo determinate per la vita dell'operatore economico. Infatti, già "la definizione di utilità riferita alla notizia destinata ad essere inserita nel casel-

lario informatico ANAC assume (...) particolare rilevanza nei confronti delle imprese che intendono operare nel campo dei contratti pubblici"²³ ed è rimessa all'Autorità una piena discrezionalità in tale ambito.

In estrema sintesi, dunque, il casellario informatico nel suo insieme contiene le informazioni di cui all'articolo 80 per le quali l'Autorità è tenuta ad inserire le informazioni nel Casellario²⁴, e quelle *ulteriori informazioni ritenute utili* ai fini della tenuta del Casellario e tutte le altre informazioni menzionate dal comma 10 dell'art. 213, la cui valutazione per l'inserimento delle notizie, però, è rimessa alla discrezionalità dell'ANAC. Infine, gli artt. 80 e 213, comma 10, del Codice e le Linee Guida n. 6, per le differenti informazioni prevedono un regime di accesso diversificato²⁵ la cui gestione è affidata all'Autorità anticorruzione²⁶.

Le stazioni appaltanti hanno accesso soltanto ad una particolare sezione nella quale sono contenute due tipologie di informazioni, quelle che comportano l'immediata esclusione e, secondo il dettato normativo, non consentono all'Autorità una valutazione discrezionale della informazione bensì l'automatizzato inserimento delle stesse e la conseguente automatica esclusione *ex lege*, presieduta dalla garanzia del contraddittorio²⁷, e le c.d. *altre informazioni*. Queste ultime, infatti, potrebbero non incidere in misura certa ed immediata sull'affidabilità dell'impresa o essere risalenti nel tempo²⁸. In questa ipotesi spetterà alla stazione appaltante, sulla scorta delle linee guida ANAC n. 6²⁹, l'onere

²³ Così I. PAZIANI, *Il Casellario Informatico ANAC e il concetto di utilità*, in *www.mediappalti.it*, 15.11.2019, p. 2.

²⁴ Ancora, L. NANNIPIERI, *Il "nuovo" casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in A. PERTICI, M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione*, cit., p. 192.

²⁵ Per un inquadramento generale del casellario informatico dei contratti pubblici, cfr. L. NANNIPIERI, *Il "nuovo" casellario informatico*, cit., pp. 187 ss.

²⁶ Con delibera del 6.6.2018 n. 533, la stessa ANAC ha emanato il *Regolamento per la gestione del casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, suddividendo il casellario medesimo in tre sezioni, la A (area pubblica), la B (area riservata alle s.a. e alle S.O.A.) e la C (area riservata all'Autorità).

²⁷ Il rispetto del principio del contraddittorio è un elemento essenziale del procedimento amministrativo anche nelle c.d. interdittive antimafia, tanto che il T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 13 gennaio 2020, ord. n. 28, ha sollevato questione pregiudiziale dinanzi alla CGUE proprio in relazione alla necessità di scongiurare la grave violazione dei diritti dell'impresa derivante dalla pretermissione del contraddittorio. Una pretermissione che impedirebbe alla società di addurre, nell'ambito del procedimento amministrativo, elementi atti a orientare in senso favorevole la pubblica Amministrazione decidente con grave violazione del proprio diritto, costituzionalmente garantito, al contraddittorio processuale.

²⁸ In tal senso, I. PAZIANI, *Il Casellario Informatico ANAC e il concetto di utilità*, cit., p. 4.

²⁹ E' evidente che anche per le citate linee guida si profila la problematica di carattere generale sulla natura giuridica della "*soft law*" e sugli effetti della regolazione di un così delicato ambito

²¹ A tal proposito si rinvia alla attenta analisi di A. FIORITO, *Contratti pubblici e prevenzione della corruzione*, in A. PERTICI, M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione*, Torino, 2019, pp. 150 ss.

²² Cfr. E. CAMPAGNANO, *L'affidabilità dell'appaltatore tra falso ed errore. Le informazioni false o fuorvianti rilevanti come cause di esclusione ex art. 80, c.5, lett. C), del Codice dei Contratti Pubblici*, in F. GARELLA, M. MARIANI, L. SPAGNOLETTI, E. TOMA (a cura di), *I nodi dei contratti pubblici*, Bari, pp. 161 ss.; B. BRUNO, *Articolo 80. Motivi di esclusione*, in M. MARIANI, L. SPAGNOLETTI, E. TOMA (a cura di), *La legge "sblocca cantieri"*, Torino, 2019.

di effettuare una istruttoria che tenga conto della rilevanza delle annotazioni e di motivare compiutamente le ragioni della propria decisione, positiva o negativa che sia.

La discrezionalità affidata all'ANAC nel selezionare le “*informazioni ritenute utili*” si spiega in ragione dei poteri che il Codice ha attribuito all'Autorità. Sebbene i più recenti interventi legislativi di “riordino” del Codice dei contratti pubblici (legge 14.6.2019, n. 55, c.d. “sblocca cantieri”) abbiano depotenziato l'ANAC soprattutto quale produttore di fonti, tuttavia l'art. 213, comma 10 e le linee guida n. 6 non sono state incise dalle “riforme”.

Ed è proprio in virtù della potenziale estensione della nozione di “utilità” la disposizione su menzionata è stata oggetto di interpretazione da parte della giurisprudenza amministrativa la quale ne ha circoscritto l'ambito applicativo e individuato i criteri in base ai quali ritenere “utile” una notizia da inserire nel casellario al fine dell'utilizzo e della diffusione pubblica.

E tanto in ragione della tangibile possibilità che in nome della “utilità” di una notizia, invero non essenziale, si possa alterare il mercato ed il sistema degli affidamenti pubblici, estromettendo operatori economici soltanto sospettati di non essere trasparenti ovvero di agire nell'illegalità.

Con l'intento di meglio perimetrare il concetto di “utilità”, il T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 2 ottobre 2019, n. 11470, infatti, ha specificato che l'ANAC è tenuta ad annotare nel casellario informatico notizie ritenute “utili” “in applicazione dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa”³⁰ che *si estrinseca* non tanto *nell'obbligo, per l'ANAC, di valutare* il merito della vicenda segnalata, e quindi la fondatezza della segnalazione, quanto piut-

tosto *la conferenza della notizia rispetto alle finalità di tenuta del Casellario nonché l'utilità della notizia quale indice rivelatore di inaffidabilità dell'operatore economico attinto dalla annotazione*”, e ciò con l'intento di scongiurare una indebita torsione dello stesso in strumento di esclusione di operatori economici dal mercato e dagli affidamenti pubblici (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, n. 7199/2020).

In sintesi, dalla giurisprudenza citata si può ricavare un catalogo di principi per procedere alle annotazioni nel casellario informatico che tende a fissare i limiti applicativi e, conseguentemente, a circoscrivere la discrezionalità dell'ANAC.

In conclusione, senza dubbio la conservazione e gestione dei dati è un ulteriore e delicato compito affidato all'amministrazione e come si può intuire rispetto al caso del casellario informatico è importante che la normativa che regola tale delicata materia sia chiara per evitare i continui interventi della magistratura. In sostanza ed in via generale si può ancora una volta rilevare che la “chiarezza” della legislazione costituisce il punto di partenza per la semplificazione della P.A. e per combattere efficacemente il fenomeno corruttivo.

dei contratti pubblici (cfr. GRASSO G., *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; ROLLI R., TAGLIATA A., *La legittimazione costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *www.giustamm.it*, 2010). La questione di fondo, infatti, rimane l'inquadramento dell'intero “sistema” delle linee guida ANAC alla luce della *ratio* sottesa al Codice dei contratti che viene ricondotta ad una sorta di pieno governo dell'autorità preposta al controllo e alla gestione organizzativa-economica delle amministrazioni pubbliche al di fuori della categoria delle fonti del diritto tipizzate. Sul tema si rinvia al lavoro, e alla bibliografia ivi citata, di R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 1, 2017, nonché D.U. GALETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de “le vite degli altri?”*, in *www.federalismi.it*, 9 maggio 2018, 8; nello stesso senso, cfr. C. DEODATO, *La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, 2017, p. 4.

³⁰ Un orientamento, quest'ultimo, che conferma le precedenti pronunce dello stesso T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, nn. 4577/2018, 3660/2019, 7595/2019.

Tecnologia e repressione della corruzione

di CARLO LONGOBARDO

SOMMARIO: 1. Tecnologia e Pubblica Amministrazione. - 2. Per una necessaria determinatezza e offensività delle condotte in materia di delitti contro la P.A. - 3. Gli strumenti informatici per scoprire la corruzione. - 4. Tecnologia, semplificazione e prevenzione: un recupero del diritto penale solo come *extrema ratio*.

1. Il ruolo della tecnologia in campo penalistico e con particolare riferimento all'ambito della pubblica amministrazione può essere analizzato sotto due aspetti fondamentali: il primo – alquanto pericoloso – è sicuramente quello riguardante il piano degli strumenti probatori, la cui intrinseca invasività – si pensi ai famosi *trojan* – può spesso comportare preoccupanti violazioni offensive dei principi e dei diritti fondamentali dei cittadini. Il secondo riguarda la possibilità di utilizzare positivamente la tecnologia, a fini di semplificazione burocratica. In quest'ottica, sicuramente potremmo considerare la tecnologia come un elemento molto utile in termini di prevenzione; si pensi, ad esempio, alla semplificazione amministrativa, alla possibilità di scambio di informazioni tra varie banche dati, ecc., e a quanto tale semplificazione gioverebbe in termini di ausilio tecnico-integrativo e interpretativo-applicativo, con riferimento alla stessa tipicità penale delle fattispecie dettate in tema di delitti contro la Pubblica Amministrazione che, necessariamente, implicano riferimenti ai profili procedurali seguiti dal Pubblico Ufficiale o dall'Incaricato di Pubblico servizio. Tali profili hanno troppo spesso subito interpretazioni strumentalmente creative tali da spingere la P.A. o verso l'estremizzazione burocratica o addirittura la paralisi, con la perdita di opportunità sia pubbliche che private. A questo proposito come è stato limpidamente dimostrato, è agevole sostenere che, ad esempio, il ricorso alle gare telematiche comporti indubbi vantaggi in termini di adempimenti modali e di riduzione di inutili formalismi.

Da un lato, si riducono i rischi in capo ai concorrenti, riconnessi alle sanzioni espulsive per il mancato rispetto di prescrizioni del regolamento di gara funzionali alla segretezza dell'offerta ed alla sua immodificabilità; dall'altro, vengono ridotte anche le possibili ipotesi di contestazione e di annullamento delle operazioni di gara qualora non risultino pienamente garantiti alcuni dei principi regolatori della materia e che, anche in assenza di una esplicita previsione

normativa, erano funzionali a garantire imparzialità, trasparenza e *par condicio* (si pensi al rispetto del principio di pubblicità delle operazioni di gara, agli oneri dichiarativi sulle modalità di conservazione dei plichi *et similia*). Il risvolto positivo è che proprio l'uso delle tecnologie consente di prevenire fenomeni corruttivi posto che, ad esempio, l'immodificabilità dei *files* (recanti la domanda di partecipazione e l'offerta) evita i rischi di possibili alterazioni o manomissioni della documentazione prodotta dall'impresa, così come la marcatura temporale dell'offerta impedisce (almeno in tesi) la sostituzione di quella prodotta in gara, durante la celebrazione della stessa¹.

Tali osservazioni rendono evidente l'opportunità che si presenta per razionalizzare la risposta penalistica in tema di determinatezza e, dunque, di assicurazione per chi opera all'interno della P.A., soprattutto relativamente alle implicazioni in tema di tipicità: si pensi, ad esempio, all'abuso d'ufficio (anche rispetto all'ultima riforma di luglio 2020) o allo stesso esercizio della funzione, una volta dimesso, *ex art. 318 c.p.*, il rapporto diretto del soggetto con l'atto, caratteristico del profilo retributivo-negoziabile presente nel codice Rocco. In altri termini, com'è noto, il nuovo schema punitivo si discosta dal tradizionale paradigma mercantile, imperniato sullo scambio tra atto dell'ufficio ed utilità indebita. Il legislatore ha voluto valorizzare un nuovo modello clientelare o relazionale di corruzione, polarizzato sull'infedeltà del pubblico agente e lo sviamento del suo ruolo funzionale in quanto tale. Breve: ad essere corrotta è la relazione interpersonale, più che un concreto e specifico atto inerente all'ufficio. Va solo ricordato, a questo proposito, che già la giurisprudenza aveva provveduto ad una *interpretatio abrogans* dell'elemento fattuale legato all'atto, ammettendo, ai limiti dell'analogia in *malam partem*, la cosiddetta corruzione in *incertis actis*. Quanto al penalista possa dispiacere questa inversione di tendenza è noto: l'allontanamento dal diritto penale del fatto mal si concilia con i profili di un diritto penale costituzionale da Stato sociale di diritto.

Così, una teoria del diritto penale che esaurisce le sue funzioni in quelle, pur fondamentali, di controllo e difesa sociale, lavora in una prospettiva inadeguata, in particolare, troppo ristretta: non riesce a filtrare nel suo orizzonte speculativo la dimensione 'sociale' del fenomeno su cui essa opera, il che le impedisce di cogliere il senso di taluni aspetti essenziali alla dimensione 'giuridica' del fenomeno stesso².

¹ Sul punto, F. ARMENANTE, *La prevenzione dei fenomeni corruttivi e l'uso delle tecnologie nel sistema delle procedure selettive*, in questa Rivista, pp. 113 ss.

² È la posizione di L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1984, p. 101.

In questa dimensione sociale e con riferimento alla Pubblica amministrazione, il cittadino assume un ruolo importante, soprattutto per le aspettative che nutre in termini di imparzialità e trasparenza, specialmente da chi impersona comportamenti ed atti della stessa P.A.. Commettere fatti pienamente o, *lato sensu*, corruttivi – soprattutto se reiterati e di una certa gravità, riscontrabili in fattispecie precise e determinate – produce una legittima aspirazione, nei consociati, a che la risposta ordinamentale risulti in linea con la funzione svolta e con il particolare *status* – anche privilegiato: in termini di tutela; in termini di valore degli atti; ecc. – di cui si vede dotato l'agente pubblico.

Lo richiede la stessa imparzialità – rivolta, com'è noto, sia all'attività che al soggetto agente – che dev'essere considerata proprio come *equidistanza* rispetto ai diversi fattori dell'attività amministrativa, anche nell'ambito del procedimento amministrativo. L'imparzialità si innesta, altresì, nel processo decisionale e si riferisce alla necessità di tener conto obiettivamente – nel perseguimento dell'interesse pubblico – dei particolari interessi dei cittadini coinvolti nel procedimento, da trattare tutti senza favoritismi né discriminazioni.

Questo modo di intendere l'imparzialità a me pare un reale cambio di marcia verso il perseguimento di opzioni di carattere personalistico e solidaristico indicate dalla Carta costituzionale. Nondimeno il buon andamento – vero cardine della vita amministrativa e condizione di svolgimento ordinato della vita sociale³ – rappresenta certamente la necessità di implementare l'azione amministrativa in termini di efficacia, efficienza ed economicità.

Da questi dati deriva, a nostro avviso, una precisa differenza tra chi è chiamato a lavorare per il pubblico interesse e chi, viceversa, persegue una legittima utilità di tipo privatistico, seppur – tra gli altri – nei limiti degli art. 41 e 42 Cost.

In altri termini, l'impianto costituzionale rimarca una ragionevole diversità tra il perseguimento di obiettivi della Pubblica Amministrazione – conseguibili attraverso gli strumenti dell'indipendenza e dell'imparzialità – e l'aspirazione a soddisfare l'interesse privato che si prospetta, in linea di principio, naturalmente dipendente e parziale. La stessa trasparenza, per sua natura, è maggiormente connaturata all'Amministrazione pubblica, che dev'essere la famosa *casa di vetro*; la stessa parità del bilancio e la sostenibilità del debito – ex art. 97, co. 1, Cost. – si presentano congeniali all'istanza pubblica, ben lontane dalla precipua, legittima ricerca del profitto nel settore privato. Risulta allora evidente che il soggetto privato – laddove non sia addirittura vittima, come nelle ipotesi di concussione – commette certamente un grave illecito penale nel rapporto corruttivo, ma non

risponde anche per quegli obblighi tipici del pubblico dipendente, e ciò può giustificare differenti trattamenti pure sotto il profilo sanzionatorio.

Se questi sono i presupposti, va preso atto che talune caratteristiche peculiari della Pubblica Amministrazione possono legittimare – rispetto ad essa – una tutela penale rafforzata rispetto al settore privato. Ad esempio, con riferimento alle pene accessorie, ciò potrebbe tradursi in differenti trattamenti sanzionatori quantitativi e qualitativi tra soggetti intranei alla P.A. e soggetti ad essa estranei⁴. D'altronde, anche sotto il profilo soggettivo, le differenze tra agenti pubblici e privati sono rimarcate, per esempio, con riferimento al pubblico impiegato, dal dato secondo cui quest'ultimo si pone al servizio esclusivo della nazione, ex art. 98, co. 1 Cost. e, dunque, quale migliore espressione dei canoni recitati dall'art. 97 Cost.: indipendenza, imparzialità, trasparenza e buon andamento.

2. Alla luce di queste considerazioni, assume, altresì, rilevanza la portata offensiva delle condotte corruttive. Oggi, rispetto al passato, come abbiamo già accennato, tale portata offensiva tende a spostarsi più sulla condotta di fedeltà del pubblico agente che non sull'oggettivo riferimento al mercimonio dell'atto⁵. Se partiamo da questo presupposto, sempre ai fini del rispetto dei principi

⁴ Un esempio: con riferimento alla pena dell'interdizione dai pubblici uffici, essa attualmente, salvo che il legislatore disponga altrimenti, si estrinseca in una serie di incapacità dal contenuto eterogeneo – come argomenta S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, Padova, 1986, pp. 110 ss.; pp. 428 ss. – accomunate dalla tensione comune a comprimere la capacità giuridica del condannato nella parte relativa all'esercizio di diritti o funzioni che competono ad esso in quanto cittadino. Tale compressione non trova in realtà una sua motivazione nel rapporto di omologia con il reato commesso, quanto nella necessità di allontanare dall'esercizio di funzioni *lato sensu* pubbliche soggetti che, a seguito della condanna, non si reputano degni di esercitarle. Per queste ragioni si è proposta una critica serrata all'attuale contenuto dell'interdizione dai pubblici uffici, che andrebbe, in un'ottica *de iure condendo*, limitata all'interdizione della particolare facoltà, posizione, potere od ufficio collegati alla commissione del fatto di reato, eliminandosi tutte quelle preclusioni aggiuntive tese unicamente a stigmatizzare il comportamento del condannato e a rimarcare l'indegnità ostacolando concretamente il reinserimento in società. Si tratta quindi di depurare quanto più possibile le attuali pene a contenuto interdittivo, o meglio quelle che vengano individuate quali potenziali pene principali, dai tratti che sono il portato storico della genesi della categoria delle pene accessorie e che vede nel tratto stigmatizzante il loro carattere preminente. In tal senso, anche I. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008, p. 90. Sui profili delle sanzioni accessorie, in relazione alla riforma c.d. *Spazzacorrotti* (l. n. 3/2019), ci sia consentito rinviare a C. LONGOBARDO, *Le pene accessorie spazzeranno via i corrotti?* in AA.VV., *La cd. legge 'spazzacorrotti' Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, a cura di C. LASEVOLI, Bari, 2019, pp. 141 ss.

⁵ Sui rapporti tra fatto e autore, anche in prospettiva sanzionatoria, cfr. L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, cit., pp. 173 ss.

³ Corte cost. n. 123 del 1968, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1968/0123s-68.html>.

costituzionali citati e dei canoni di un diritto penale del fatto, gli obblighi penali ed extrapenali di chi ha a che fare con la P.A. dovrebbero risultare ancor più determinati.

In altri termini, crediamo che, per debellare i fenomeni corruttivi, si debba precipuamente puntare alla razionalizzazione dei percorsi amministrativi tesi all'organizzazione ed al funzionamento della P.A. e riportare la soluzione penale nel suo naturale alveo di risposta a fenomeni patologici, evitando di caricarla di improbabili ed inefficaci effetti emozionali e promozionali.

Sotto il primo profilo – quello extrapenale – sembrano ormai ineludibili: lo snellimento dei procedimenti con l'indicazione di ben determinati obblighi a carico dei responsabili dei procedimenti – utili anche a configurare eventuali *Pflichtdelikte*⁶ –; il rinnovamento del rapporto Politica/Amministrazione (verso una meditata separazione) che comporti la razionalizzazione e la riduzione dello *Spoil system all'italiana*, puntando sulla preparazione dei funzionari in meglio attrezzate scuole superiori della P.A. e della P.A. locale, anche al fine di creare un credibile e razionale sistema di controllo, non vissuto come un 'intralcio', ma come incentivo alle corrette opportunità di investimento e lavoro da parte dei privati.

A quest'ultimo proposito appaiono emblematiche di tale confusione la riforma del codice dei contratti pubblici⁷, il d.l. n. 32/2019, il cui nome già configura un programma: "*Decreto Sblocca Cantieri*", che apporta 53 grosse modifiche al Codice dei contratti e quella che va sotto il nome di 'decreto semplificazioni' (d.l. 16 luglio 2020, n. 76), che interviene, in particolare, in quattro ambiti principali: semplificazioni in materia di contratti pubblici ed edilizia, semplificazioni procedurali e responsabilità, misure di semplificazione per il sostegno e la diffusione dell'amministrazione digitale, semplificazioni in materia di attività di impresa, ambiente e *green economy*. La riforma sbloccacantieri, tra

l'altro, prevede la sospensione fino al 31 dicembre 2020 di 3 disposizioni che hanno costituito la colonna portante della riforma del 2016: l'art. 37, comma 4, che fa ritornare la concezione di stazioni appaltanti "diffuse"; l'art. 59, comma 1, quarto periodo, con la quale viene sospeso il divieto dell'appalto integrato e l'art. 77, comma 3, con l'effetto di sospendere l'obbligo di ricorrere all'albo unico dei commissari di gara gestito dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (la cui entrata in vigore era stata più volte sospesa dall'ANAC).

Inoltre, con il comma 18 viene dettata una disciplina transitoria del subappalto nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici. In particolare, è prevista la deroga fino al 31 dicembre 2020 ad alcune disposizioni contenute all'articolo 105 del Codice, eliminando alcuni vincoli e limiti previsti. Le più rilevanti novità sono costituite dall'innalzamento della quota massima delle prestazioni subappaltabili al tetto del 40% e dall'eliminazione dell'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori. A ciò si aggiungono altre semplificazioni di tipo essenzialmente procedurale, che prevedono la sospensione – fino al 31 dicembre 2020 – dell'applicazione: del comma 6 dell'articolo 105 del codice dei contratti pubblici, con il quale viene sospeso l'obbligo di indicare la terna di subappaltatori in sede di offerta; del comma 2 dell'articolo 174 del codice dei contratti pubblici, con il quale è sospeso l'obbligo di indicare in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi. Sono sospese anche le verifiche in sede di gara previste, per il subappaltatore, dall'art. 80 del Codice dei contratti pubblici.

La riforma pone in risalto il dato secondo cui i cantieri e la stessa attività della P.A. si bloccano perché la normativa corrente non è in grado di soddisfare molte delle esigenze sia pubbliche che private.

Una razionalizzazione della legislazione amministrativa nel suo complesso non sembra più rinviabile: faciliterebbe i rapporti tra P.A. ed utenti, rendendo certamente più credibile l'intero impianto sistematico. In questa ottica, potrebbe trovare spazio un complesso sanzionatorio penale più razionale, il quale potrebbe utilizzare addirittura le pene accessorie finanche in funzione di sanzioni esclusive valorizzandone, così, istanze rieducative e proporzionali⁸.

⁸ I. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, cit., p. 290, sostiene che, in relazione ad alcuni reati contro la pubblica amministrazione, per lo meno per quelli per cui la pena detentiva attualmente prevista è tale da permetterne facilmente la sospensione condizionale (ad es.: peculato mediante profitto dell'errore altrui, corruzione per un atto d'ufficio, abuso d'ufficio, tra le più importanti), sembra sostenibile l'applicazione, in una prospettiva *de iure condendo*, di sanzioni a contenuto interdittivo quali la sospensione o l'interdizione da pubblici uffici oltre che l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, anche quali sanzioni esclusive.

⁶ Cfr. C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft* (1963), 4a ed., Berlin - New York, 1984, pp. 352 ss.; ID., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (1970), *Politica criminale e sistema del diritto penale*, trad. it. a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1986, pp. 42 ss. Dal punto di vista del diritto penale, il problema maggiore delle fattispecie d'obbligo riguarda il profilo della legalità, e cioè la determinazione tassativa dei doveri fissati per gli interessati al di fuori della normativa penale. Se tale determinazione è praticabile, e si verifica nella normativa ove vengono espressamente disciplinati gli obblighi, il principio di legalità risulterà rispettato e, sotto il profilo dell'efficienza, il soggetto sarà posto nella condizione di adempiere agevolmente ai propri uffici.

⁷ Il d.l. n. 32/2019 (c.d. *Decreto Sblocca Cantieri*), nato come provvedimento d'urgenza, apporta così tante modifiche al d.lgs. 18 aprile 2016 (c.d. *Codice dei contratti*) da poter essere considerato un vero e proprio correttivo arrivato dopo la pubblicazione dell'avviso di rettifica 15 luglio 2016 (Gazzetta Ufficiale 15/07/2016, n. 164), che ha apportato 167 modifiche al Codice dei contratti, e del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (Gazzetta Ufficiale 05/05/2017, n. 103 - Supplemento Ordinario) con le sue 441 modifiche apportate a circa 130 articoli del Codice.

Purtroppo, però, è dalla triste stagione di Tangentopoli che appare evidente come il Paese non abbia superato lo *choc* da corruzione: anzi, quest'ultimo è diventato un ottimo alleato per ottenere consenso elettorale, anche a costo del sacrificio delle più elementari esigenze di garanzia.

D'altro canto, è normale che l'attenzione dei cittadini si catalizzi intorno ad un fenomeno che la crisi economica e la conseguente riduzione delle risorse disponibili – anche sotto il profilo dell'elargizione di prebende pubbliche spesso non giustificate da reali bisogni ma convenienti per questa o quella categoria – rende ancora più odioso che in passato. In condizioni storiche che riducono la vita economica e sociale del Paese in termini di maggior squilibrio e disagio, si sente la necessità di cancellare pratiche distorsive delle regole democratiche, che hanno alterato la concorrenza tra le imprese e delegittimato il potere politico, anche attraverso le infiltrazioni camorristiche. Inoltre, tali 'prassi' hanno contribuito alla perdita di credibilità del sistema sanzionatorio, che ha messo a nudo tutta la differenza tra il trattamento riservato al cittadino comune e quello stabilito per il colletto bianco.

Beccaria saggiamente sottolineava come “gli attentati contro la sicurezza e libertà dei cittadini sono uno dei maggiori delitti; e sotto questa classe cadono non solo gli assassinj e i furti degli uomini plebei, ma quelli ancora dei grandi e dei magistrati, l'influenza dei quali agisce ad una maggior distanza e con maggiore vigore, distruggendo nei sudditi le idee di giustizia e di dovere, sostituendo quelle del diritto del più forte, del pari pericoloso finalmente in chi lo esercita e in chi lo soffre. Né il grande, né il ricco debbono poter mettere a prezzo gli attentati contro il debole ed il povero: altrimenti le ricchezze, che sotto la tutela delle leggi sono il premio dell'industria, diventano l'alimento della tirannia”⁹.

Naturalmente, in uno stato sociale di diritto, questa esigenza trova il suo naturale *pendant* nel fatto che tutti gli uomini, a prescindere dalla loro posizione sociale e dalla natura dei crimini commessi, hanno diritto alle garanzie. “Si è del tutto dimenticato che uno dei cardini del garantismo dello stato di diritto era dato dal diritto dell'accusato ad essere considerato innocente prima di una sentenza di condanna passata in giudicato, cioè fornita di tutte le prove, le doglianze, le riconsiderazioni possibili. Alla presunzione di non colpevolezza o si crede o non si crede, nei fatti: in larga misura non è neanche un problema di norme; a ben vedere, è questo un principio di civiltà già alla base del giusnaturalismo, di cui, forse, tutti gli altri principi dello stato di diritto in materia processuale costituiscono altrettanti corollari”¹⁰.

⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Gian Domenico Pisapia, Milano 1973, p. 87.

¹⁰ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1995, 2a ed. 1997, p. 96; sul punto cfr. anche P. DE LALLA, *Idee per un “completamento istruttorio” del giudice delle indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 68 ss.

D'altronde, l'idea che l'efficienza della risposta alla criminalità debba necessariamente passare attraverso il sacrificio delle garanzie penali e processuali è storia vecchia e tristemente nota, su cui forse non è nemmeno più il caso di intrattenersi.

Probabilmente, come già sottolineato, ciò che spinge alla soluzione penale – soprattutto in tema di Pubblica Amministrazione – è la difficoltà di intraprendere una reale azione di ridefinizione dell'attività amministrativa che avvii percorsi virtuosi in merito ai procedimenti amministrativi e stabilisca maggiori garanzie di indipendenza per i pubblici dipendenti rispetto alla politica¹¹.

3. A fronte delle difficoltà emergenti dalla scelta di procedere ad un profondo rinnovamento istituzionale e culturale della Pubblica Amministrazione (che potrebbe comportare, per la politica, anche il costo della perdita di molte nomine 'fiduciarie' di comodo), si è preferito continuare a mostrare i muscoli del diritto penale per eliminare le dinamiche corruttive, anche se si tratta di un *culturismo* fine a se stesso. Nello spazzare via i corrotti, "l'avvio in discarica è innanzitutto promosso da un vistoso irrigidimento delle pene accessorie"¹², oltre che dall'ormai consueto incremento dei limiti edittali. Le nuove norme alimentano il ricorso all'interdizione perpetua, ed aggiungono anche la perpetua

¹¹ Ma anche qui la tendenza sembra orientata in senso contrario. A tal proposito, risulta paradigmatico, per esempio, il ruolo svolto dal segretario comunale (e provinciale). Il Segretario svolge, ai sensi del comma 2 dell'articolo 97 del decreto legislativo n. 267/2000, compiti di collaborazione e funzioni di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'ente in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti.

La giurisprudenza ha sostenuto che anche dopo la (pessima!) riforma dello *status* del segretario comunale e dopo l'eliminazione del parere preventivo di legittimità di quest'ultimo, il Segretario Comunale e Provinciale “mantiene la specifica funzione ausiliaria di garante della legalità e correttezza amministrativa dell'azione dell'ente locale” (Corte dei Conti reg. Lombardia, sez. giurisd. 09/07/2009 n. 473). Investito anche del compito di responsabile anticorruzione dell'Ente, a noi pare ancor più impellente orientarsi verso un rinnovato sistema che (ri)separando politica ed amministrazione elimini, in questo caso, la scelta del segretario da parte del Sindaco. Peraltro, nella quasi totalità dei casi, il Sindaco (magari non giurista e al primo mandato) non ha alcuna competenza per valutare i *curricula* dei candidati segretari: come si orienterà nella scelta? Un organo di amministrazione e di garanzia, così come descritto, dev'essere autonomo rispetto alla politica e potrebbe scegliere la sede in base alle graduatorie concorsuali così come avviene, ad esempio, per i magistrati. La Corte costituzionale, da ultimo – sebbene con riferimento ad una questione relativa alla mancata permanenza del segretario per fine mandato del sindaco – sembra legittimare questo *spoils system* all'italiana: v. Sent. n. 23 del marzo 2019 (Udienza Pubblica del 08/01/2019; Decisione del 08/01/2019; Deposito del 22/02/2019; Pubblicazione in G. U. 27/02/2019 n. 9).

¹² Così T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 3, pp. 1 ss., in part. p. 9.

incapacità di contrattare con la P.A.¹³; Da questa ormai generalizzata risposta restano fuori dal circuito perpetuo ipotesi minori che, con gli attuali limiti edittali, copriranno un ambito davvero marginale.

A ciò vanno affiancate, sotto il profilo della ricerca della prova, o, meglio ancora, di una rinnovata caccia alle streghe, le modifiche che, con l. n. 3/2019, sono state dettate in tema di intercettazioni telefoniche ed ambientali.

È soprattutto in questa esasperata impostazione delle modifiche intervenute sul versante processuale che si mostra con tutta la sua pericolosità, l'invasività del mezzo informatico e telematico e, in particolare, all'uso del captatore informatico.

Il *trojan horse* è un *malware* occultamente installato dall'inquirente su un apparecchio elettronico dotato di connessione *internet* attiva, il quale consente in ogni momento all'attaccante di captare tutto il traffico di dati (sia in entrata che in uscita), di attivare da remoto il microfono e la telecamera registrando le attività, di perquisire gli *hard disk* e di fare copia integrale del loro contenuto, di intercettare tutto quanto digitato sulla tastiera, di fotografare le immagini e i documenti visualizzati. Di tutta evidenza la perniciosità di questa nuova forma di captazione, posto che ad essere intercettato non è esclusivamente il suono captato dal microfono ma anche le immagini carpite dalla *webcam* o filmate con la videocamera, nonché tutto ciò che viene digitato sulla tastiera o visualizzato sullo schermo. Non a caso, è stato giustamente evidenziato che ai poteri di ispezione e di intercettazione si aggiungono quelli di perquisizione e di sequestro in quanto il *virus* può cercare e acquisire i *files* presenti sul dispositivo intercettato e sugli altri connessi in rete locale, inviando dati e immagini al captante e conseguendo così risultati tipici di ispezioni, perquisizioni e sequestri di dati informatici, intercettazioni e riprese fotografiche ed audiovisive. In realtà il *trojan* rende possibile anche la geo-localizzazione del dispositivo controllato, realizzando un vero e proprio pedinamento elettronico di chiunque lo detenga.

Così facendo, in altre parole, si finisce con l'intercettare conversazioni tra presenti, immagini e documenti senza limitazione di luogo, con evidenti tensioni rispetto agli articoli 14 e 15 della Carta fondamentale (domicilio e segretezza della corrispondenza). Tale assunto trova conferma proprio nelle disposizioni di cui all'art. 1, co. 3, l. n. 3/2019, che ha abrogato il comma 2 dell'art. 6 del d.l.gs. n. 216/2017. Si tratta dell'abrogazione della disposizione che escludeva l'uso del

captatore per realizzare intercettazioni in un domicilio, in mancanza della prova che vi fosse un'attività criminosa in corso.

Dunque, l'intercettazione di comunicazioni tra presenti nelle abitazioni o in altri luoghi di privata dimora può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile e il presupposto per lo svolgimento di tali intercettazioni è rappresentato dalla mera sufficienza della base indiziaria raccolta e della necessità dello strumento.

A questo punto il quadro è chiaro. Vi è la volontà di concentrare le indagini non già sui fatti criminosi, bensì su luoghi e persone, captando conversazioni calibrate su una potenzialità criminale dei soggetti coinvolti, piuttosto che su dati oggettivi legati ai reati in corso di accertamento. Sotto tale aspetto appare lecito dubitare che in ambienti domestici si svolgano le predette attività criminose.

Il percorso di equiparazione della disciplina delle intercettazioni in tema di P.A. rispetto alla criminalità organizzata ed al terrorismo può dirsi compiuto. E sempre su questa falsariga, va considerato il caso emblematico, frutto della precedente legislatura, dell'inserimento nel codice di prevenzione antimafia delle ipotesi in cui vi sia il sospetto anche di un solo episodio di corruzione o di altri reati contro la pubblica amministrazione, pur con il limite che tali reati siano inquadrabili entro un contesto associativo (l. n. 161 del 2017). Già all'epoca corrotti e corruttori furono additati «come nuovi «tipi d'autore» espressivi di una originale carica di «antisocialità generica», da colpire appunto in via preventiva»¹⁴. Il rigore esibito in sede penale, però, contrasta con la tendenza all'allentamento dei controlli preventivi. Così, ad esempio, il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) come modificato dal decreto-legge cd. Sblocca-cantieri (d.l. 18 aprile 2019, n. 32) all'art. 36 aumenta a 200 mila euro e a 209 mila euro il limite per il ricorso alla procedura negoziata, rispettivamente, per gli appalti di lavori pubblici e per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione, prevedendo altresì la riduzione da dieci a tre del numero di operatori da consultare nel caso di lavori pubblici. Non sembra un provvedimento coerente con la percezione di una corruzione dilagante, assunta a presupposto della «spazzacorrotti». Si trascura la prevenzione (salvo quella sulla trasparenza dei partiti politici) e si enfatizza la repressione, in attesa che finisca l'«emergenza». E per accelerarne la fine si potenziano gli strumenti repressivi e di controllo, introducendo nuove figure di delatori senza alcuna regola, volenterosi collaboranti allo stato brado; di fatto,

¹³ Ricordiamo che le pene accessorie dell'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese, dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione sono state introdotte ad opera della legge n. 689 del 1981, mentre la legge n. 97 del 2001 ha introdotto quella dell'estinzione del rapporto di impiego o di lavoro.

¹⁴ V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1130; cfr., sul punto, anche A. DE VITA, *La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, in *Processo penale e Giustizia*, 4, 2019, pp. 947 ss.

come si è detto, agenti provocatori fai-da-te, idonei soprattutto allo scopo di creare un clima di sospetto generalizzato.

4. Con riferimento al secondo utilizzo della tecnologia nella repressione della corruzione, abbiamo dunque già indicato alcuni argomenti: la semplificazione, come per esempio in tema di obblighi pubblicitari, potrebbe trarre giovamento da piattaforme uniche cui andrebbero collegati, ad esempio, gli albi pretori *on line* e resi accessibili in modo chiaro a chiunque, risparmiando anche, ad esempio, sulle pubblicità oggi necessarie sulle testate giornalistiche. Riforme di questo tipo gioverebbero alla tipicità penale perché alcuni tipi di violazioni, a volte assolutamente bagattellari, diventano riferimenti per la contestazione di una serie di fattispecie penali che si mostrano assolutamente inappropriate per quel tipo di inadempimenti.

Quanto detto ci impone un'ultima riflessione in tema di abuso d'ufficio, per il quale il d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020, (art. 23) apporta una rilevante modifica alla sua disciplina, che tocca il nucleo della fattispecie legale. Le parole violazione "di norme di legge e di regolamento" sono sostituite dalle seguenti: violazione "di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità". La fattispecie per il resto rimane invariata.

Complice la pandemia, l'obiettivo politico-criminale è stato proprio quello di circoscrivere l'area dell'abuso d'ufficio penalmente rilevante. In questa occasione, l'intento dichiarato è di rasserenare funzionari e amministratori pubblici, chiamati a 'darsi da fare' per facilitare la ripresa del paese. Stop alla paura della firma: i funzionari pubblici devono poter sbloccare lavori e spese: dalla legge spazza-corrotti, che incute timore già solo col nome, al rassicurante 'basta paura' del decreto-semplificazioni.

Conferire contorni più definiti al fatto tipico era infatti funzionale (oltre che a ovvie ragioni di garanzia) allo scopo di evitare o almeno contenere l'uso di questa incriminazione come leva utile a forzare i limiti che il principio della divisione dei poteri impone al controllo giudiziario quando ha ad oggetto l'attività amministrativa, favorendo così quelle invasioni di campo che rappresentano una pericolosa deriva distorsiva del ruolo e della funzione giudiziaria¹⁵.

L'intervento riformatore, infatti, si giustifica in ragione dell'esistenza di orientamenti giurisprudenziali, non andati esenti da critiche, che a determinate

condizioni ritenevano configurabile l'abuso d'ufficio in ipotesi di eccesso di potere, sotto forma di sviamento, che ricorre quando nei provvedimenti discrezionali *il potere viene esercitato per un fine diverso da quello per cui è attribuito* (cfr., ad es., Cass. Sez. VI, 13 aprile 2018, n. 19519, Filzola, CED 273099; Cass. Sez. VI, 13 marzo 2014, n. 32237, Novi, CED 260428). Dietro alla figura dell'eccesso di potere si annidava(?) il rischio dell'invasione del sindacato e del controllo penale nell'attività amministrativa e, in particolare, nella gestione politica. Ma per quel che qui consta, risulta di palmare evidenza il dato secondo cui, al di là della riforma, soluzioni più performanti in merito alla risposta preventiva in tema di delitti contro la P.A. potrebbero essere trovate nel presupposto tecnologico, per esempio nell'implementazione delle banche dati e nei controlli obbligatori (o a campione) ad opera del gestore dei sistemi centralizzati di acquisto, che riducano oneri e incombenze in capo alle stazioni appaltanti, cui verrebbe rimessa solo la più pertinente valutazione delle proposte negoziali.

Con riferimento ai dati statistici si evidenzia l'enorme divario tra l'elevato numero di contestazioni dell'abuso d'ufficio (circa 7.000 negli ultimi anni per i quali si dispone di dati: il 2016 e il 2017) e i provvedimenti definitivi di condanna (che non arrivano a 100, negli anni considerati)¹⁶. Sono dati che, secondo alcuni, si presterebbero a più letture: una p.a. con sacche di inefficienza è esposta alle denunce dei cittadini scontenti; o che le procure possano abusare dell'abuso d'ufficio, utilizzandolo come un apriscatole per avviare procedimenti e indagini volti a controllare l'operato dei pubblici amministratori, in vista della contestazione di reati più gravi (ad es., la corruzione). Se si guarda poi allo scarso numero delle condanne si può avere l'impressione dell'infondatezza delle contestazioni, senza però considerare l'incidenza della prescrizione del reato, di certo elevata. Quale che sia la causa o, più verosimilmente, il concorso di cause, è certo che ragionare sulla corruzione percepita e confonderne le varie manifestazioni non aiuterà di certo a migliorare l'esistente.

¹⁵ In tal senso, S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2021, pp. 275 ss., in part. p. 276.

¹⁶ Sul punto cfr. www.anci.it.

Giusto procedimento telematico e anticorruzione

di LUCA PEDULLÀ

È ben noto come dal 2005 ad oggi, a motivo della graduale ma sempre più incipiente crisi economico-finanziaria che ha colpito il nostro Stato ma, a ben vedere, il sistema-Europa, il legislatore abbia deciso (finalmente) di incidere digitalmente (anche) sul procedimento amministrativo al fine di dare concretezza allo sviluppo economico del Paese che, per il nostro legislatore, deve obbligatoriamente passare attraverso due strade: quella della *semplificazione dei procedimenti* e quella della *digitalizzazione* degli stessi¹.

Già l'art. 3-bis della l. n. 241/1990, così come modificata dall'art. 3 della l. n. 15/2005, autorizzava e favoriva l'utilizzo dei mezzi e documenti telematici e, grazie all'incessante avvento delle tecnologie e dell'informazione e della comunicazione (ICT), spingeva sempre più verso la realizzazione della semplificazione dell'azione amministrativa a favore (e per l'avvicinamento) del "cittadino digitale" alla P.A.².

Oggi è doveroso tener conto della sensibile evoluzione tecnologica avutasi sotto la spinta dell'organizzazione burocratica europea, a motivo dell'utilizzo sempre più incisivo di internet che ha dato specifico ruolo all'*e-Government* per il futuro dell'Europa.

L'avvenuta, graduale, digitalizzazione ha comportato un notevole cambiamento nello spirito della legge sul procedimento amministrativo. Il modello storico di articolazione degli uffici - tipicamente, *front-office* e *back office*³ - e dei procedimenti - in larga parte svolta su supporti fisici, cartacei, da sempre

modello operativo tradizionale della P.A. - con l'attuazione del sistema informativo digitale ha mutato senso ed efficacia.

Infatti, con l'informatizzazione dell'attività amministrativa si è resa possibile la gestione delle azioni, dei flussi e degli effetti conseguenti (ad es., la pubblicazione o la trasmissione telematica a seguito dell'adozione di un provvedimento), anche in modalità automatica e comprensiva di controlli e autorizzazioni⁴. Non si tratta, cioè, solo dell'introduzione di una nuova "modalità" con la quale si manifesta oramai l'agire amministrativo, ma di un "modo di essere" del procedimento che cambia in radice il modello funzionale della P.A.

Influenza tecnologica che ha, a cascata, fatto sì che molte azioni di dialogo tra cittadino e amministrazione siano state oramai rese obbligatorie: si pensi, a solo titolo esemplificativo, alla fatturazione elettronica; al processo telematico con obbligo di deposito degli atti processuali e di causa presso i competenti tribunali; all'iscrizione universitaria e, oramai, per moltissimi Atenei, all'obbligo di verbalizzazione degli esami.

Procedimento telematico generale che, naturalmente, non implica solo diritti ma anche doveri, stante che l'obbligatorietà di esso impone allo Stato di permettere a tutti i cittadini di superare il *digital divide*⁵, attuando una seria (e dispendiosa) politica socio-economica di abbattimento delle barriere informatiche⁶, pena la frustrazione della riforma legislativa nelle proprie aspettative, con precise ricadute negative sui diritti, anche costituzionalmente garantiti, dei cittadini, e violazione dei principi di buon andamento e imparzialità della P.A.⁷ Alfabetizzazione digitale di massa della popolazione non più rinviabile e che se non attuata porterà immanabilmente a una sorta di dittatura della P.A. che, invece, evolvendosi finirebbe (paradossalmente) per tagliare fuori proprio i soggetti che si volevano includere.

⁴ In tal senso, il successivo d.lgs. n. 179/2016, modificando l'art. 41 del Codice dell'Amministrazione Digitale, ha con efficacia contornato questo fondamentale cambiamento intervenuto all'interno della P.A.

⁵ Sul tema si veda M. MANCARELLA, *Profili negoziali e organizzativi dell'amministrazione digitale*, Trento, 2009, in partic. p. 234.

⁶ Esula dalla presente trattazione (e, pertanto, non verrà trattato) il tema, pur di grande importanza, dell'esistenza o meno di un vero e proprio diritto di accesso ad internet quale diritto sociale della cittadinanza. A tal proposito si rimanda, almeno, a G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2011, pp. 367 ss.; P. COSTANZO, *Internet (diritto pubblico)*, *Digesto*, 2000; L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Pol. Dir.*, 2012, pp. 263 ss.; G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Napoli 2012; F. DONATI, *Internet (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir., Annali*, VII, 2014, pp. 532 ss.; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, in *Libertà, Egalité, Internet*, Napoli, 2015; P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, Bari, 2015; P. TANZARELLA, *Accesso ad Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, su www.gruppodipisa.it, 5, 2012.

⁷ Emblematici, in tal senso, appaiono i Pareri del Cons. St. nn. 785/2016 e 2122/2017.

¹ Si consideri che molti dei numerosi provvedimenti che dagli anni '90 in poi hanno man mano integrato e modificato la l. n. 241/1990 riguardano il tema della "semplificazione burocratica", dello "sviluppo economico" e della "digitalizzazione".

² Sul tema si vedano S. DETTORI, *Articolo 3 bis. Uso della Telematica*, in N. PAOLANTONIO - A. POLICE - A. ZITO, (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino 2005, pp. 173 ss. e F. COSTANTINO, *L'uso della telematica nella pubblica amministrazione*, in A. ROMANO, (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, pp. 242 ss.

³ Si pensi alla nuova inter-operabilità interna tra le varie amministrazioni, con conseguenziale scambio veloce di informazioni per via telematica (ad es., condivisione di bandi di gara, certificazioni conformative di beni, di qualità o di fatti rilevanti al fine della decisione, etc...), o all'obbligatorietà della posta elettronica (anche) per lo scambio interno della documentazione o, ancora, alla formazione del personale, ad es., tramite FAD per un migliore e più rapido assolvimento delle sue mansioni.

Anche il procedimento digitale, dunque, può (e deve) essere giusto, quale sequenza ordinata di atti che vanno dalla fase dell'iniziativa partecipativa telematica (che non esclude anche quella materiale, fisica) allo svolgimento dell'istruttoria, sino all'obbligo di motivazione razionale del provvedimento finale e della sua integrazione dell'efficacia⁸.

Il nostro legislatore, anziché inserire le norme digitali specifiche riguardanti il procedimento amministrativo all'interno dei testi tradizionali, ha preferito adottare testi speciali, dedicati alla particolarità della disciplina⁹, come specificamente fatto a partire dalla promulgazione del *Codice dell'amministrazione digitale* (CAD) del 2005 che (fra le diverse norme) espressamente prevede che le pubbliche amministrazioni "favoriscono ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili e migliorare la qualità dei propri atti, anche attraverso l'utilizzo [...] di forme di consultazione preventiva per via telematica..."¹⁰.

A ben vedere, la maggior parte dei principi appena richiamati, nell'essenza, non sono altro che rielaborazioni dei tradizionali principi costituzionali largamente indagati e utilizzati nel nostro ordinamento e in quello sovranazionale e adesso applicati al mondo telematico, ma con *strumenti nuovi*, indiscriminatamente aperti a "chiunque [...] anche ai fini dell'esercizio dei diritti di accesso e della partecipazione al procedimento amministrativo"¹¹.

Si supera, dunque, il vincolo stabilito dalla L. n. 241/90 che esige l'interesse concreto ed attuale per l'accesso agli atti, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti e che riguarda tutti i dati e i documenti

detenuti dalla P.A.¹² Ciò però, si badi, non costituisce un lasciapassare per legittimare una sorta di *eccesso di accesso*; nel senso che, per quanto la legge non richieda l'esplicitazione della motivazione della richiesta di accesso, deve intendersi implicita la rispondenza della stessa al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica e non resti confinato ad un bisogno conoscitivo esclusivamente egoistico, bizzarro o peggio ancora emulativo che, lungi dal favorire la consapevole partecipazione del cittadino al dibattito con la P.A., rischierebbe di compromettere le stesse istanze alla base dell'istituto.

Così retutamente inteso, viene dunque a realizzarsi, grazie alla tecnologia digitale, una novella forma di avvicinamento del cittadino all'amministrazione.

Riprendendo la fortunata definizione del Turati, l'amministrazione come *casa di vetro*, mi pare, si realizzi con maggiore sicurezza e velocità grazie (anche) al procedimento telematico e alla digitalizzazione. Su questa scia, il d.lgs. n. 150/2009, in materia di efficienza e trasparenza delle P.P.A.A., ha realizzato una rivoluzione copernicana, atteso che la partecipazione fattiva del cittadino è stata soddisfatta dalla estensione del principio della trasparenza che dai singoli procedimenti si è spostata in modo globale sulla funzione amministrativa¹³.

Principi tutti funzionali alla realizzazione di una sintesi virtuosa tra *Open-Government* ed *E-Government*, dando piena attuazione al principio democratico ed ai principi costituzionali di uguaglianza, imparzialità, buon andamento, efficacia ed efficienza della P.A., che guidano quest'ultima verso la conoscibilità e la

motivata, attraverso uno strumento rapido e non dispendioso, con il coinvolgimento di un soggetto, il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, che svolge un ruolo fondamentale nell'ambito della disciplina di prevenzione della corruzione e nell'attuazione delle relative misure. L'assenza di una tipizzazione legislativa del silenzio, infatti, implica l'onere per l'interessato di contestare l'inerzia dell'amministrazione attivando lo specifico rito di cui all'art. 117 c.p.a. e, successivamente, in ipotesi di diniego espresso, ai dati o documenti richiesti, il rito sull'accesso ex art. 116 c.p.a. Con riferimento allo specifico tema del rapporto tra l'appena citato art. 117 e il 31 del Codice del Processo Amministrativo, si veda G. CORSO, *L'azione avverso il silenzio della pubblica amministrazione dopo il codice del processo amministrativo*, in *Studium iuris*, 2012, pp. 997 ss. Di recente e sempre per la dottrina, più in generale sullo specifico rapporto tra l'accesso civico e il silenzio amministrativo, si veda F. LOMBARDI, *L'inerzia della p.a. a fronte di richieste di accesso civico. Un nuovo rito per il silenzio-inadempimento?*, ne *Ist. del feder.*, 3, 2019, pp. 801 ss.

¹² D. U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, su www.federalismi.it, 02.3.2016.

¹³ Sul tema si vedano, almeno, L. CALIFANO - C. COLAPIETRO, *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, 2014; C. COLAPIETRO, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa*, Napoli, 2016, pp. 73 ss.; M. GALDI, *Il principio costituzionale del giusto procedimento dall'esigenza "garantista" a quella "istruttoria"*, in *Quad. reg.*, 2, 2009, pp. 527 ss.; A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, su www.astrid-online.it, 17, 2013.

⁸ Per una lettura organico-sistematica sul tema del giusto procedimento, mi sia consentito il rinvio a L. PEDULLÀ, *La costituzionalizzazione del giusto procedimento*, Napoli 2019.

⁹ Sul tema, si vedano J. B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, ne *Ist. del feder.*, 3, 2019, pp. 619 ss., in partic. p. 628 e B. CAROTTI, *L'amministrazione digitale e la trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. ammin.*, 5, 2015, pp. 625 ss.

¹⁰ Art. 9 della L. n. 82/2005, così come modificata dall'art. 10 della l. n. 179/2016. Sul CAD, si veda in generale, E. CARLONI, (a cura di), *Codice dell'Amministrazione digitale*, Rimini 2005.

¹¹ Così l'art. 3 del d.lgs. n. 82/2005, come modificato dall'art. 4 del d.lgs. n. 217/2017. In tal senso, per la giurisprudenza amministrativa, si vedano TAR Campania, sent. n. 850/2017 e TAR Puglia, sent. n. 647/2017. Particolarmente, si veda TAR Lazio, sent. n. 7326/2018 anche con riferimento, sul piano procedurale, ai casi di diniego, totale o parziale, all'accesso o, ancora, in caso di mancata risposta da parte dell'amministrazione, dove allo scadere del termine per provvedere - contrariamente a quanto dispone la legge n. 241/1990 - non si forma silenzio rigetto, ma il cittadino può attivare la speciale tutela amministrativa interna davanti al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza formulando istanza di riesame, alla quale deve essere dato riscontro entro i termini normativamente prescritti. Procedura di tutela amministrativa interna che trova radice proprio nell'esigenza di assicurare al cittadino una risposta, chiara e

diffusione delle informazioni e dei dati di cui essa è in possesso, in un'ottica di massima semplificazione e fruibilità dei servizi da parte del cittadino¹⁴.

Procedimento telematico che realizza, *ex ante*, ancor meglio il rapporto paritario tra P.A. e cittadino, a motivo (anche) di un potere di controllo di quest'ultimo in forma diffusa grazie alla facilitazione all'accesso documentale, venendosi così a radicare in capo a quest'ultimo una posizione qualificata alle informazioni della P.A.¹⁵: attività di controllo, si badi, che è da considerare integrativa e giammai sostitutiva delle forme tradizionali di legittimazione¹⁶.

In altri termini, la semplificazione nell'accesso alla funzione amministrativa realizza e completa la partecipazione attiva del cittadino, capace così di influenzare più in profondità le scelte dell'amministrazione stessa. Ciò è talmente vero che il *Codice della trasparenza delle PPAA.*, ha aumentato i poteri del cittadino dotandolo di un maggiore controllo mediante sempre più pervasivi *obblighi di pubblicità* imposti alla P.A.¹⁷, in attuazione, peraltro, di quanto previsto dalla legge anticorruzione n. 190/2012.

Il Codice individua un'ampia serie di documenti e di atti la cui pubblicazione costituisce un obbligo da parte delle pubbliche amministrazioni, quali quelli

relativi all'organizzazione e all'attività delle PPAA., all'uso delle risorse pubbliche¹⁸, alle prestazioni offerte e ai servizi erogati. I documenti, le informazioni ed i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria sono divulgati per un periodo di cinque anni e comunque fino a che producono i loro effetti; per renderli accessibili, sono pubblicati in una apposita sezione denominata "*Amministrazione trasparente*" nella *home-page* dei siti istituzionali di ciascuna amministrazione¹⁹.

Il Codice introduce, inoltre, la nozione di accesso civico, quale diritto di chiunque di richiedere alle pubbliche amministrazioni i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria, nei casi in cui questa sia stata omessa. A differenza del diritto di accesso agli atti di cui alla l. n. 241/1990, la richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e non deve essere motivata²⁰.

Quanto "innovato" ha portato a valorizzare l'accesso indiscriminato da parte di tutti i soggetti possibili verso la P.A. a prescindere da un loro (anche solo) ipotetico interesse ma, dall'altro, ha reso in buona sostanza accessibili i documenti che la P.A. di volta in volta ritiene di pubblicizzare sui siti internet di riferimento o sull'albo pretorio. A ragione si discute, allora, di una nuova concezione di trasparenza, realizzata tramite obblighi di pubblicazione di singoli atti anziché tramite una regola generale sul dovere di pubblicità²¹, parlandosi a tal proposito di "mutazione genetica" della nozione: "*In sostanza, tutti i cittadini hanno diritto*

¹⁴ Cfr. S. CALZOLAIO, *Digital (and privacy) by default. L'identità costituzionale della amministrazione digitale*, in *Giorn. st. cost.*, 31, 2016, pp. 185 ss.

¹⁵ F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, su *www.federalismi.it*, 8, 2013, in part. p. 3. Nonostante l'accostamento nozionistico che talora si fa tra il diritto di accesso civico e il diritto di accesso ex artt. 22 e segg. l. n. 241/1990, tra le due nozioni vi sono sensibili differenze. Quest'ultimo presuppone la titolarità di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso ed è soddisfatto consentendo all'interessato di prendere visione o estrarre copia del documento. Il diritto di accesso civico non presuppone, invece, la titolarità di alcun interesse giuridicamente differenziato, bensì l'omesso soddisfacimento di un dovere di pubblicazione, venendo soddisfatto mediante la comunicazione delle informazioni al pubblico e non al solo richiedente. Da un lato, esso si ricollega alla tutela dei diritti di conoscenza e uso, che spettano a chiunque; dall'altro, opera come garanzia di un interesse pubblico alla conoscibilità di un'informazione, a fronte della violazione del dovere istituzionale di divulgarla da parte dell'organismo competente. Sul punto, M. MASSA, *La trasparenza come diritto e il "diritto di accesso civico"*, su *www.dirittiregionali.org*, 24.3.2013.

¹⁶ In tal senso, cfr. A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari 2012, pp. 71 ss.

¹⁷ In generale sul diritto di accesso e le sue origini, si vedano l'interessante saggio di P. MARSOCCI, *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d. lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale*, ne *Istituzioni del federalismo*, 2013, pp. 692 ss. e di R. TARCHI, *Il diritto di accesso nella prospettiva comparata*, in *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, in C. COLAPIETRO, (a cura di), Napoli 2012, pp. 141 ss. Con riferimento, invece, ai risvolti benefici del diritto di accesso verso la lotta alla corruzione, si veda il lavoro, denso di spunti critici, di B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. ammin.*, 2, 2013, pp. 123 ss.

¹⁸ Compresa le informazioni sugli immobili posseduti e della gestione del patrimonio.

¹⁹ Alla scadenza del termine di durata, i documenti restano comunque disponibili in sezioni di archivio. E, *incidenter tantum*, va annotato come sia stata prevista una clausola di adeguamento alle disposizioni sulla trasparenza per le autorità indipendenti nell'ambito dei rispettivi ordinamenti. In ottemperanza a tale disposizione, hanno provveduto ad adeguare i propri regolamenti sugli obblighi di pubblicità e trasparenza relativi all'organizzazione e all'attività: il Garante per la protezione dei dati personali (Del. n. 380/2013); la Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (Regolamento del 9 settembre 2013); l'ANAC (Delibera n. 74/2013); la Consob (Delibera n. 18751/2013); la Banca d'Italia (Provvedimento del 25 marzo 2014).

²⁰ Per completezza, va detto che per assicurare l'attuazione delle misure di trasparenza sono stati previsti due tipi di vigilanza, a livello diffuso e a livello centrale. In relazione al primo aspetto, ogni amministrazione deve individuare un responsabile per la trasparenza, che di norma coincide con il responsabile per la prevenzione della corruzione previsto dalla l. n. 190/2012. A livello centrale, il controllo è affidato all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) che è titolare di poteri ispettivi nei confronti delle singole amministrazioni e può ordinare l'adozione o la rimozione di atti e comportamenti da parte delle stesse. L'inadempimento degli obblighi di pubblicazione costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione ed è valutato ai fini della retribuzione di risultato e del trattamento economico accessorio collegato alle performance dei dirigenti.

²¹ C. COLAPIETRO, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa*, cit., p. 75.

di chiedere e ottenere che le P.A. pubblichino atti, documenti e informazioni che detengono e che, per qualsiasi motivo, non hanno ancora divulgato²².

Non pare dubbio che il procedimento telematico abbia positivamente contribuito sia a creare un rapporto di fiducia tra P.A. e cittadino, sia ad avvalorare il principio di legalità e a prevenire la possibile corruzione, con l'individuazione di un livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni a fini di contrasto della cattiva *maladministration*. Obiettivi che, a ben vedere, altro non sono che la precondizione per ricostruire e rafforzare il rapporto di fiducia tra cittadini e poteri pubblici.

In tal senso, va evocato il d.lgs. n. 97/2016 sul *Freedom of Information Act* (FOIA)²³ - recante disposizioni per la revisione e la semplificazione delle norme in materia di prevenzione della corruzione e di pubblicità e trasparenza delle PPAA. - che oltre ad intervenire sul Codice della trasparenza, ha modificato la richiamata legge anticorruzione (l. n. 190/2012) incidendo, in particolare, sulle disposizioni relative al Piano nazionale anticorruzione e ai piani per la prevenzione della corruzione predisposti dalle singole amministrazioni.

Significativo, sul modello del FOIA statunitense, il diritto di accesso libero ai documenti delle pubbliche amministrazioni con la possibile esclusione solo di un elenco tassativo di atti qualora sottoposti al regime di riservatezza; o, ancora, si pensi alle *Linee guida* emanate dall'ANAC²⁴ in materia di obblighi di trasparenza riguardanti i titolari di incarichi politici²⁵, ampliando il novero dei soggetti interessati. Né dimenticandosi, per altra via, le diverse misure di riduzione degli oneri e di semplificazione delle procedure in materia di pubblicità da parte delle

pubbliche amministrazioni: tra queste particolarmente rilevante è la possibilità di sostituire la pubblicazione di informazioni con l'accesso libero alle banche dati detenute dalle PPAA.

L'appena delineata scelta legislativa pare essere frutto di un nuovo modo d'intendere il perseguimento delle funzioni istituzionali, nonché l'utilizzo delle risorse economiche per il bene del cittadino (in particolare) e dell'interesse pubblico (in generale), qualificandosi quale condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, espressione di quel *diritto alla buona amministrazione* di matrice sovranazionale, affermato sia dall'art. 41 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*²⁶, sia dall'art. 42 della stessa Carta, che riconosce il diritto di accesso agli atti delle istituzioni dell'Unione in termini più ampi, ma comunque secondo principi e con limiti determinati dalle dette istituzioni²⁷.

Eppure, che l'individuo potesse rivendicare dei diritti fondamentali, sia come singolo sia come gruppo, nei confronti della burocrazia era da considerare impensabile nella tradizione giuridica italiana, sin da quando lo Stato, quale apparato burocratico, era dotato di un potere sovrano e centralizzato che considerava i cittadini-sudditi, subalterni agli interessi dello Stato apparato.

La limitazione della divisione del potere, quale portato del costituzionalismo, è stato il primo passo per l'elaborazione di una cultura delle libertà, rivendicando *nuovi diritti* che si caratterizzano per l'essere dimensionati non più sulle classi sociali bensì sugli individui, prescrivendone il rispetto ai soggetti pubblici e a quelli privati. Conquista che, com'è noto, cronologicamente si è originata da quella concezione individualistica secondo la quale ogni indagine sui diritti non poteva che muovere dall'individuo - che rivestiva un valore *in sé e per sé* e preesisteva allo Stato - da intendere, adesso, quale apparato funzionale all'individuo. Sino ad arrivare al superamento dell'ideologia borghese in cui si affermarono le cc.dd. libertà negative, ovvero *“tutti quei diritti che tendono a limitare il potere dello Stato e a riservare all'individuo o a gruppi particolari una sfera di libertà dallo Stato”*²⁸.

Libertà negative cui, com'è altrettanto noto, si affiancarono le prime libertà positive, ossia quei diritti che attuarono la trasformazione delle libertà, da libertà *dallo Stato* a libertà *nello Stato*; libertà per mezzo delle quali l'individuo riceve tutela, all'interno di un nuovo assetto sociale che impone un aumento delle

²² Così si leggeva nel *Comunicato* del Consiglio dei ministri del 22.01.2013.

²³ Su di esso si vedano M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. ammin.*, 5, 2016.

²⁴ Cfr. Delibera ANAC dell'8.3.2017 nonché linee guida n. 1309/2016. Per la dottrina, sul tema, si vedano, almeno, F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. preconsensuale e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. ammin.*, 2017, pp. 381 ss. e G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. ammin.*, 2016, pp. 273 ss.

²⁵ Va, sul punto, segnalato come in apparente controtendenza con la massima estensione della pubblicità dei dati *online*, si situi la recente sent. n. 20/2019 della Corte cost., che ha dichiarato illegittima la disposizione che ha esteso a tutti i dirigenti pubblici gli obblighi di pubblicazione previsti per i titolari di incarichi politici. Si tratta, in particolare, della pubblicazione dei compensi percepiti per lo svolgimento dell'incarico e dei dati patrimoniali ricavabili dalla dichiarazione dei redditi da apposite intestazioni sui diritti reali sui beni immobili e mobili iscritti in pubblici registri, sulle azioni di società e sulle quote di partecipazione e società. Questi dati, in base alla disposizione censurata, dovevano essere diffusi attraverso i siti istituzionali e potevano essere trattati secondo modalità che ne avessero consentito l'indicizzazione, la rintracciabilità tramite i motori di ricerca *web* e anche il loro utilizzo.

²⁶ Sebbene in detta sede l'accesso venga garantito limitatamente al fascicolo che riguarda il singolo interessato, nel rispetto della riservatezza e del segreto professionale.

²⁷ Si veda l'art. 15, par. 3, TFUE, richiamato nelle “spiegazioni” relative alla Carta.

²⁸ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, p. 26. Sul punto, si vedano pure le interessanti considerazioni di M. GALDI, *Il principio costituzionale del giusto procedimento dall'esigenza “garantista” a quella “istruttoria”*, cit., pp. 527 ss.

funzioni amministrative al fine di un migliore soddisfacimento delle istanze provenienti dalla collettività pluralista che esprime bisogni sempre maggiormente differenziati, da ciò discendendo una “*compresenza di diritti soggettivi classici e nuovi diritti sociali che, pertanto, postulano un nuovo rapporto con il potere pubblico*”²⁹.

Rapporto che evolve verso una posizione costituita da pretese esigibili, volte a reclamare il godimento dei diritti sociali, che trovano graduale riconoscimento nelle Costituzioni nazionali e nelle Carte sovranazionali. Legislazione sovrana nazionale che ha contribuito alla formazione di una nuova stagione dei diritti e che si è mostrata capace di superare l'atavica contrapposizione tra autorità e libertà o, per meglio dire, a far prevalere in modo graduale (e giammai definitivo) le nuove libertà contro i vecchi poteri, giungendo - tramite sentieri assai diversi - a qualificare il giusto procedimento telematico come un vero e proprio diritto del cittadino³⁰, dando autentico senso e luminosità alla nozione di *e-democracy* quale diritto soggettivo del cittadino ad una *globalizzata trasparenza e gratuità* del servizio che inverte in radice il rapporto tra cittadino e burocrazia, ossia (come ricordato) tra autorità/libertà, parificando il dialogo e rendendo fattiva e responsabile la partecipazione del privato.

In altri termini, se l'interesse pubblico - inteso tecnicamente come ‘causa’ dell'atto (e del potere) amministrativo - non può più essere rigidamente pre-determinato e imposto, ma costituisce in concreto la risultante di un processo di formazione cui sono chiamati a partecipare sempre più attivamente i componenti della Comunità, occorre rendere visibile il modo di formazione dell'interesse medesimo, i soggetti che vi concorrono, le fasi del procedimento di formazione dell'atto, nonché rendere conoscibili i dati di base, i presupposti da cui si muove, i modi di esercizio del potere, le risorse utilizzate. Ciò al fine di realizzare l'aspirazione a una democrazia intesa come *regime del potere visibile*.

In tale temperie, il giusto procedimento telematico mi pare si ponga non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di (ri)avvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, destinata sempre più ad assumere i contorni della, già citata, “casa di vetro”, nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'art. 2 Cost., che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri.

In una tale prospettiva costituzionalmente orientata, tutti gli elementi (nessuno escluso) che integrano la costituzionalizzazione del giusto procedimento finiscono per costituire uno di quei nuovi diritti riconducibili all'evoluzione di significato che ha avuto l'art. 2 Cost., essendo essi riferibili al patrimonio indiscutibile della persona umana intesa come totalità, ossia a quel principio supremo della libertà-dignità della persona che oggi si contrappone con nuova forza al rapporto autorità-libertà, per giungere alla pienezza dello sviluppo della persona³¹. Non escludendosi, certo, la riconducibilità dei detti elementi, in senso garantistico, anche ad altre disposizioni costituzionali, a seconda dell'angolazione prescelta: “...*l'attività amministrativa efficiente e imparziale è un altro modo di declinare l'obiettivo costituzionale di realizzare quanto prescritto dagli artt. 1, 2, 3 Cost.*”³².

Sotto questa prospettiva e così inteso, il principio del giusto procedimento costituzionale e il diritto ad una buona amministrazione di matrice sovrana nazionale, non sono altro che facce della stessa medaglia e dello stesso nucleo di cultura giuridica e di espressione normativa confermativa della centralità della persona che si riappropria del proprio spazio di sovranità di cui all'art. 1 Cost.

Evoluzione co-essenziale al mantenimento della democrazia sostanziale, esplicazione dell'istanza solidaristica nonché personalista che pervade il programma costituzionale di emancipazione sociale e che “*si traduce, nella prospettiva sostanziale del principio di eguaglianza di cui al comma 2 dell'art. 3 Cost., nell'impegno concreto della Repubblica alla rimozione di quegli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana*”³³.

Nuovo modo tecnologico di partecipazione del cittadino che non mi pare si configuri quale mero interesse diffuso nella disponibilità del legislatore ordinario, quanto piuttosto quale interesse costituzionalmente rilevante, o meglio “*quale valore costituzionale primario*”³⁴.

³¹F. MODUGNO, *I diritti del consumatore: una nuova “generazione” di diritti?*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, III, Napoli, 2008, pp. 1387 ss.

³²A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Dir. ammin.*, 2, 2019, p. 390.

³³C. COLAPIETRO, *La “terza generazione” della trasparenza amministrativa*, cit., p. 41.

³⁴C. COLAPIETRO, *La “terza generazione” della trasparenza amministrativa*, cit., p. 86.

²⁹A. ROMEO, *Amministrazione pubblica e diritti fondamentali*, su *www.statoechiese.it*, 19, 2019, p. 39.

³⁰In tal senso, cfr. M. MASSA, *La trasparenza come diritto e il “diritto di accesso civico”*, cit. Più in generale si rimanda a D. DONATI, *Il principio di trasparenza in Costituzione*, ne *La trasparenza amministrativa*, in F. MERLONI, (a cura di), Milano, 2008, pp. 123 ss.

Giusto processo telematico e anticorruzione

di LUCA LONGHI

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il processo telematico nel paradigma costituzionale del giusto processo. - 3. Processo telematico: fattore di efficienza o di *disumanizzazione* della giustizia? - 4. Lo strumento tecnologico tra efficienza e trasparenza. - 5. La sfida dell'anticorruzione al tempo dell'emergenza sanitaria. - 6. A mo' di conclusioni. Per una nuova valorizzazione dell'etica pubblica e dei doveri costituzionali.

1. Il tema che mi è stato affidato, ovvero “Giusto processo telematico e anticorruzione”, si annuncia complesso e articolato, poiché abbraccia un orizzonte piuttosto ampio e si presta ad una molteplicità di chiavi di lettura.

Considerata la vastità degli argomenti, è necessario circoscrivere fin da subito il ragionamento, cercando di rimanere all'interno del perimetro costituzionale, così da provare ad individuare, se non altro, i principi fondamentali implicati dalla materia.

Sarà inevitabile, tuttavia, dedicare anche alcuni cenni alla situazione di emergenza sanitaria e giuridica che stiamo vivendo in questi mesi, che incide, naturalmente, anche sull'esercizio della giurisdizione e sul buon esito della lotta alla corruzione.

L'emergenza sanitaria in corso, anzi, si può dire che abbia offerto, nostro malgrado, un ulteriore banco di prova per i concetti giuridici che ci si accinge a prendere in esame, rivelandone potenzialità dapprima inesplorate o che, comunque, non avevano sempre goduto della giusta considerazione nel dibattito corrente.

Va da sé che dall'esito di questa prova dipenda in larga misura la tenuta stessa del nostro ordinamento democratico, per tutti i motivi che ci si appresta sia pure brevemente ad osservare.

Il normale esercizio della giurisdizione, che costituisce, evidentemente, uno dei pilastri fondamentali dello Stato di diritto, risulta gravemente minacciato in questa fase di emergenza, finendo per acuire lo stato di emergenza in atto, dichiarato con delibera del Consiglio dei Ministri sin dal 31 gennaio 2020.

Le restrizioni, materiali e giuridiche, cui ci sta costringendo il virus – sebbene

in questi mesi non sempre i mezzi di comunicazione abbiano ritenuto di mettere in luce più di tanto quest'aspetto – hanno impattato sull'accesso stesso alla giustizia da parte dei cittadini, ovvero su una delle dimensioni essenziali dell'ordinamento democratico, probabilmente la manifestazione più importante (di certo la più visibile) dal punto di vista degli operatori pratici del diritto.

In assenza delle condizioni materiali di un accesso effettivo¹ alla giurisdizione, non si vede come si possa parlare, perlomeno nell'esperienza dell'ultimo anno, di “giusto processo”, nell'accezione intesa dall'art. 111 Cost. e sulla quale si avrà modo di tornare nei paragrafi che seguono.

Una giurisdizione sostanzialmente *inaccessibile* rischia, difatti, di rappresentare proprio il fallimento dell'aspirazione alla giustizia espressa dall'art. 111 Cost. e, più in generale, dal titolo IV, parte II della Carta.

2. Procedendo per gradi, si proverà qui a mettere a fuoco i singoli elementi presi in considerazione nel titolo della relazione, ovvero, nell'ordine, il giusto processo, il processo telematico e l'anticorruzione (*rectius*, la lotta alla corruzione), ponendoli in logica successione.

La locuzione «giusto processo» – oltre a costituire la traduzione in lingua italiana dell'espressione *fair process*, invalsa sin da epoche remote nel lessico giuridico anglosassone – rappresenta una cerniera ideale tra giurisdizione e giustizia, ovvero tra la funzione, esercitata di regola da magistrati ordinari (art. 102 Cost.), e l'obiettivo verso cui la stessa deve tendere, con il quale si apre simbolicamente il titolo IV, parte II della Carta (art. 101 Cost., «la *giustizia* è amministrata in nome del popolo²») e che sta a designare un concetto più ampio, come si può desumere, del resto, da una lettura sistematica delle disposizioni che lo compongono.

Il processo, perché possa essere qualificato veramente come *giusto*, deve presentare, in una dimensione di effettività, tutte le garanzie enumerate dall'art. 111 Cost. (per effetto della modifica intervenuta con la l. cost. n. 2/1999): la riserva assoluta di legge, il contraddittorio e la parità tra le parti, la terzietà e l'imparzialità del giudice, la ragionevole durata, l'informazione tempestiva e riservata sulla natura e sui motivi delle accuse, la concreta possibilità di difesa, il contraddittorio nella formazione della prova, l'obbligo della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali³.

¹ Sulle radici di tale concetto, si veda N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009, *passim*.

² Corsivo aggiunto.

³ Sul punto, si rinvia a C.F. GROSSO, *Processo giusto e processo ingiusto fra legislazione e prassi giudiziarie*, Napoli, 2015, pp. 8 ss.

Tali garanzie – elaborate prevalentemente sullo schema del processo penale, ma estendibili anche ad altri modelli giurisdizionali, a seconda delle rispettive peculiarità – appaiono invero, in alcuni casi, conquiste ancora lontane dall'essere conseguite nel nostro ordinamento (basti pensare al tema della ragionevole durata del processo⁴) ed è, anzi, proprio su questo terreno che possono essere individuate le principali criticità del nostro sistema giudiziario in una prospettiva di riforma.

Il paradigma del giusto processo – per sua natura, come osservato, aperto e suscettibile di essere riempito di contenuti – richiama, a sua volta, in qualche modo, il concetto di certezza del diritto⁵, in relazione innanzitutto alla riserva di legge di cui all'art. 111 Cost. (ovvero, al fatto che debba svolgersi entro i binari definiti dalla legge)⁶, ma anche, ad esempio, in ambito penale, all'idea stessa di certezza della pena, pure essenziale, evidentemente, ad una corretta amministrazione della giustizia.

3. L'affermazione dello strumento telematico nel sistema processuale italiano, già da prima, invero, dell'emergenza sanitaria in corso, mira al potenziamento dell'efficienza della macchina giudiziaria.

Non si può parlare, del resto, di una funzione statale – e, a maggior ragione, di un processo che aspiri ad essere veramente *giusto* – senza considerarne anche un esercizio che possa essere *efficiente*, ovvero che guardi al raggiungimento dei risultati che la funzione è istituzionalmente rivolta a perseguire, sebbene, com'è evidente, il servizio-justizia non si presti ad essere misurato unicamente secondo questo criterio.

Sarebbe, d'altronde, riduttivo e fuorviante applicare solamente questo metro e considerare, di conseguenza, i destinatari di tale attività alla stregua di meri *utenti*, tenuto conto che, come già osservato, la giurisdizione costituisce espressione qualificata della sovranità statale e, in quanto tale, riveste precisi connotati e contenuti democratici (si pensi al collegamento logico che si stabilisce tra gli artt. 1 e 101 Cost., emerso sin dai lavori costituenti⁷).

⁴ V., sul punto, G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Scritti in onore di Massimo di Lauro*, Padova, 2012.

⁵ Sulle origini di tale concetto, si veda, tra gli altri, il fondamentale F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), Milano, ed. 1968.

⁶ Ma si pensi anche, più banalmente, alla frase «La legge è uguale per tutti», riportata nelle nostre aule di giustizia, che trova riscontro, peraltro, nel principio di eguaglianza davanti alla legge (art. 3, co. 1 Cost.).

⁷ Si vedano, in particolare, i lavori della Seconda Sottocommissione, seduta del 5 dicembre 1946 e poi, nella seduta del 12 dicembre 1946, gli interventi di Bozzi, Leone, Calamandrei, Di Giovanni.

A ciò si aggiunga che, soprattutto nella situazione critica che si è venuta a creare quest'anno, in numerosi casi il supporto tecnologico ha dovuto supplire quasi del tutto alle ordinarie modalità di svolgimento delle attività giurisdizionali, essendosi l'emergenza sanitaria dimostrata, tra l'altro, un banco di prova severo per valutare, in via immediata, l'idoneità dello strumento in ambito giudiziario.

In particolare, tale supporto, se, da un lato, può servire a facilitare il compimento di adempimenti preliminari all'udienza (come il deposito di atti e documenti), dall'altro, non può sostituirsi del tutto – nemmeno nello strumento della videoconferenza – alle modalità ordinarie di svolgimento della giurisdizione, che prevedono, tra i propri capisaldi, i principi di oralità e immediatezza⁸.

Occorre evitare che la compiuta instaurazione del processo telematico (tanto più in vista dell'auspicata fine dell'emergenza) possa tradursi in un'attenuazione delle garanzie di cui all'art. 111 Cost. e, paradossalmente, in un fattore di rallentamento della realizzazione del giusto processo e del principio di eguaglianza che quest'ultimo concorre a concretizzare (eguaglianza davanti alla legge, parità tra le parti, terzietà e imparzialità del giudice, contraddittorio)⁹.

Occorre evitare, cioè, il rischio che il processo telematico, una volta esaurita la straordinarietà della situazione in corso, possa tradursi in un fattore di disumanizzazione del processo (lasciando sullo sfondo qui il diverso più specifico tema dell'intelligenza artificiale applicata alla giustizia¹⁰), a tutto danno del cittadino e dei suoi diritti, come risultanti dall'itinerario di principi affermati dalla Carta e, direttamente o indirettamente, evocati in questa sede (artt. 24, 101, 111, 113).

Guai se il processo telematico che resterà all'indomani della pandemia dovesse determinare, ad esempio, un definitivo allontanamento – in senso fisico e, soprattutto, morale – dell'avvocato¹¹ (e, di conseguenza, del cittadino) dai luoghi della giustizia, magari soltanto per la *comodità* del personale addetto, giudicante e amministrativo.

In altri termini, in nome dell'efficienza tecnologica non si può certamente pensare di sacrificare un bene supremo quale è l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale.

⁸ Sul punto, si veda A. SEGNI, S. COSTA, *Procedimento civile* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1968, p. 1028.

⁹ Cfr. C.F. GROSSO, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰ Sul quale v., da ultimo, F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Riv. AIC*, 1, 2020, pp. 415 ss.

¹¹ Da ultimo, C. cost., sent. n. 173/2019, evidenziando le «finalità di tutela dell'utenza e degli interessi pubblici connessi all'esercizio della professione e al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale» demandate agli ordini forensi (punto 3.2 considerato in diritto), ha fornito un'ulteriore conferma della rilevanza costituzionale della funzione svolta dall'avvocato nell'esercizio della propria attività.

In caso contrario, ovvero si assecondando la piega negativa appena descritta, il paradigma del giusto processo definito dall'art. 111 Cost. finirà per rivelarsi addirittura mera utopia, scavando, a quel punto, un solco incolmabile tra modello ideale e sviluppo effettivo del sistema¹².

4. Il tema del giusto processo telematico si innesta, tra l'altro, nella più generale questione della trasparenza dell'attività giurisdizionale.

Difatti, dopo aver osservato la giurisdizione attraverso la lente dell'efficienza, a maggior ragione si può adottare la prospettiva della trasparenza, tenuto conto, peraltro, che la funzione giurisdizionale costituisce una forma – sia pure del tutto *sui generis* – di manifestazione del potere pubblico, come testimoniato, del resto, dalla formula utilizzata nel primo comma dell'art. 101 Cost. («la giustizia è amministrata in nome del popolo¹³») e considerata la rilevanza che negli ultimi trent'anni¹⁴ è andato progressivamente acquistando il principio di trasparenza.

D'altronde, i principi costituzionali dettati in materia di pubblica amministrazione (artt. 97-98 Cost.) possono attagliarsi, entro certi limiti, anche alla giurisdizione¹⁵, se si pensa, ad esempio, che l'art. 98 Cost., nell'ambito dei pubblici impiegati, fa riferimento specifico anche alla categoria dei magistrati, a proposito della limitazione del diritto di iscrizione ai partiti politici.

Il tema del processo telematico, d'altronde, fa riferimento alle modalità organizzative della funzione giudiziaria prima ancora che all'esercizio della giurisdizione in quanto tale, sebbene, come si è cercato di evidenziare, possa finire con l'impiantare anche sull'effettività della tutela delle situazioni giuridicamente rilevanti.

Trasparenza in ambito giurisdizionale può significare – come si diceva sopra – certezza del diritto, nei termini, beninteso, in cui tale concetto assume rilevanza nello Stato costituzionale, a seguito della perdita di centralità della legge nel sistema delle fonti, reclamando oggi nuova considerazione, a maggior ragione in un'epoca di crisi e precarietà¹⁶.

¹² Il riferimento è ad A. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Napoli, 1995.

¹³ Corsivo aggiunto.

¹⁴ Sin dalla legge n. 241/1990 in materia di procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti amministrativi.

¹⁵ Su quest'aspetto v. A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, app., V, Torino, 1984, p. 354.

¹⁶ A conferma di una rinnovata attenzione al tema della certezza del diritto, si evidenzia che lo stesso ha costituito, di recente, l'oggetto di un seminario del Gruppo di Pisa, tenutosi a Brescia il 24 novembre 2017, i cui atti sono stati raccolti in A. APOSTOLI, M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018.

Lo strumento telematico deve rivelarsi funzionale, ad esempio, alla trasparenza delle decisioni giudiziali, quale presidio, cioè, di eguaglianza delle parti nel processo (nella traccia indicata dal secondo comma dell'art. 111 Cost.) e, possibilmente, di *calcolabilità* giuridica nell'accezione già intesa da Irti¹⁷.

5. L'ultimo termine della questione che rimane da affrontare è quello dell'anticorruzione.

Ci si limiterà qui ad alcuni cenni di carattere generale, essendo il tema specifico meglio approfondito negli altri contributi pubblicati in questo volume.

Innanzitutto, il posizionamento della «corruzione» (*rectius*, della lotta alla corruzione) nell'assiologia ordinamentale, quale disvalore costituzionale, può essere ricavato in via interpretativa tra le maglie dei principi di legalità (artt. 23; 25, co. 2; 97, co. 2 Cost.) e imparzialità (art. 97, co. 2 Cost.)¹⁸, ma anche sul terreno dei doveri di disciplina e onore che incombono ai pubblici funzionari ai sensi degli artt. 54, co. 2 e 98, co. 1 Cost. (in collegamento con la c.d. imparzialità personale).

L'art. 54 Cost., con i doveri di fedeltà e osservanza che impone (cfr. anche il co. 1), costituisce un collante giuridico indispensabile, nel senso di un'identificazione della comunità nel *corpus* di principi e regole che la governano, cui, *ça va sans dire*, i pubblici funzionari sono chiamati ad offrire un contributo qualificato rispetto ai privati cittadini¹⁹.

Quest'ultima dimensione riveste un'importanza ancor più decisiva rispetto alla c.d. imparzialità istituzionale (pure implicata dal richiamato art. 97 Cost.), posto che, in ambito penale e sanzionatorio²⁰, ad esempio, ai fini dell'individuazione della responsabilità, assume rilievo precipuo il profilo personale (art. 27 Cost.).

Negli ultimi anni, a partire dalla c.d. legge Severino (legge n. 190/2012) e, poi, con l'istituzione dell'ANAC (già CIVIT) ed il potenziamento delle relative funzioni (d.l. n. 90/2014), si è assistito a un autentico *exploit* della lotta alla corruzione, che, soprattutto in una certa fase coincisa con Expo 2015, sembrava avere guadagnato il centro della scena istituzionale e finanche della ribalta mediatica del Paese.

¹⁷ Il riferimento è a N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

¹⁸ V., sul punto, M. GALDI, *La corruzione come disvalore costituzionale*, in *Federalismi*, 20, 2019.

¹⁹ V. sull'argomento L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014, pp. 62 ss.

²⁰ Sul diritto c.d. sanzionatorio, si rinvia al classico G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942.

Senza addentrarsi qui in valutazioni circa l'efficacia delle attività realizzate (che non potrebbero essere compiutamente affrontate in questa sede), si osserva che l'eccessiva pervasività degli ambiti di intervento che si era registrata in quel particolare momento, soprattutto alla luce del suo successivo parziale ridimensionamento, aveva sollevato legittime perplessità nei commentatori, ad esempio, per la potenziale sovrapposizione di competenze con l'autorità giudiziaria.

Il fenomeno della corruzione costituisce sicuramente un dato endemico della nostra realtà, il che aveva consigliato l'istituzione, prima, e il rafforzamento, poi, di un'Autorità con competenze dedicate.

L'emergenza sanitaria in corso, con i nefasti effetti economici che sarà destinata verosimilmente a produrre ancora per lungo tempo, rischia di rappresentare un elemento di ulteriore aggravamento di tali criticità, anche a causa di una serie di fattori concomitanti.

Innanzitutto, l'oggettivo impoverimento del tessuto sociale che ne sta scaturendo potrà rivelarsi congeniale all'affermazione su larga scala di fenomeni corruttivi, con ricadute negative sulle imprese e sui cittadini.

In secondo luogo, l'estrema urgenza di alcune procedure ad evidenza pubblica indotta dalla situazione di emergenza pure rischia, perlomeno in astratto, di apportare minacce alla trasparenza dell'attività amministrativa e al corretto funzionamento del principio di concorrenza.

Infine, la riduzione di tante attività, di natura pubblica e privata, o il loro svolgimento da remoto (in modalità *smart working*) certamente non giova all'adeguatezza dei controlli e all'effettività delle eventuali sanzioni, sia in ambito ANAC sia in ambito giudiziario, rendendo vieppiù complicato il quadro generale.

In definitiva, non si può pensare che il supporto tecnologico, da mero strumento di ausilio, possa sostituirsi del tutto alla presenza materiale (*rectius*, fisica) dell'autorità, nello svolgimento di funzioni che presuppongono l'esercizio di poteri di censura e di controllo nell'interesse generale.

6. In conclusione, si può affermare che lo strumento telematico offra certamente delle potenzialità virtuose nella prospettiva di una migliore amministrazione della giustizia e di un più efficace contrasto alla corruzione.

Si può, tuttavia, sostenere che l'emergenza sanitaria abbia messo a dura prova la tenuta di uno strumento che l'amministrazione giudiziaria e l'amministrazione pubblica tutta, nelle sue diverse articolazioni, non erano ancora culturalmente preparate ad utilizzare.

Pertanto, proprio in queste condizioni ostili, il supporto tecnologico, per tutti i motivi che si è avuto modo di ripercorrere, rischia paradossalmente di rivelarsi un ostacolo piuttosto che un ausilio, com'era, invece, nelle intenzioni.

Ecco perché la giurisdizione – nello schema del giusto processo – e, più in generale, la promozione della legalità necessitano di un'irrinunciabile ed insostituibile componente *umana*, presupposta, in realtà, dall'ordinamento costituzionale nella sua unità sistematica (a cominciare, ad esempio, dal principio di oralità e dal ruolo del difensore fino alla formazione dei pubblici impiegati ai propri doveri) per poter essere tradotte in garanzie effettive per il cittadino.

Una componente umana che è dato riscontrare, ad esempio, in maniera lampante, nel già richiamato art. 54 Cost., nei doveri di fedeltà ed osservanza di cittadini e pubblici funzionari, che si alimentano, a loro volta, nella fitta trama di relazioni che possono nascere e svilupparsi all'interno della società (cfr. art. 2 Cost.).

Proprio in questo binomio (artt. 2 e 54 Cost.), troppe volte sottovalutato, si può ravvisare un fondamentale fattore di coesione giuridica e sociale nella comunità, ovvero, se si preferisce, di condivisione di un nucleo intangibile di principi e valori fondativi del nostro stare insieme.

D'altronde, l'ordinamento giuridico, perché ne sia garantita l'effettività, postula la condivisione e l'osservanza diffusa delle sue regole da parte della generalità dei consociati (*ubi societas, ibi ius*).

Si definisce, in tal modo, un vero e proprio DNA etico del nostro ordinamento costituzionale, in cui il capitolo dedicato ai doveri riveste, com'è evidente, un rilievo logico-giuridico preminente o quantomeno equiparato rispetto al tema dei diritti²¹.

Senza questa dimensione essenziale, lo svolgimento di funzioni pubbliche demandato esclusivamente a modalità telematiche e spogliato della descritta componente umana rischia anche di corrodere in seno al corpo sociale quel necessario sentimento di adesione alle regole su cui si è provato ad insistere a più riprese in questa sede e, di conseguenza, gran parte della loro stessa legittimazione democratica²².

Il cittadino, difatti, ha bisogno della presenza concreta dei pubblici poteri (e viceversa) per poterne comprendere l'essenza e perché possa felicemente instaurarsi una corretta dialettica democratica, come richiesto dal nostro impianto costituzionale.

²¹ Sul punto, si veda E. ROSSI, *Relazione introduttiva*, in F. MARONE (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, Napoli, 2019, pp. 9 ss.

²² Sul collegamento tra adesione alle regole e coesione sociale, v., ad es., S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, pp. 11 ss.

Se non sembrasse retorico, verrebbe da appellarsi ad un recupero della c.d. questione morale e ad un rilancio dell'etica pubblica²³, a dir poco appannata dalle evoluzioni politico-istituzionali degli ultimi decenni per tutta una serie di fattori che non possono essere compiutamente osservati qui, ma che, di certo, hanno causato un rallentamento (speriamo non un anche arresto definitivo) del processo di progressiva attuazione del programma costituzionale²⁴.

Basti considerare, per limitarsi ad uno degli aspetti di maggiore evidenza, che il sistema dei partiti, costruito sullo schema immaginato dai Costituenti (art. 49 Cost.), ha ormai da tempo abdicato alla propria vocazione originaria, essendosi dimostrato in diverse occasioni permeabile a fenomeni *lato sensu* corruttivi, penetrati non di rado fin dentro il tessuto della nostra amministrazione pubblica.

La valorizzazione dei doveri costituzionali, facendo leva anche sulla formazione etico-culturale (potremmo dire *spirituale*) dei pubblici funzionari²⁵, può apparire congeniale ad un approccio preventivo, come la lotta alla corruzione per sua stessa natura reclama.

In assenza di tale approccio, la corruzione (nel senso etimologico, prima ancora che tecnico-giuridico) può condurre al *deterioramento* delle strutture e delle istituzioni su cui si fonda l'edificio dello Stato di diritto, in un'epoca che è stata opportunamente definita come di «dissolvenza» costituzionale²⁶, con esiti che a quel punto non si esiterebbe a definire davvero deleteri per la collettività.

²³ Quale nuova ulteriore dimensione del buon andamento (art. 97 Cost.), accanto ad efficienza, efficacia ed economicità.

²⁴ V., sul punto, G. PALMA, *Lo Stato di necessità anticorruzione e l'intervento emergenziale nel codice degli appalti*, in ID., *Della azione amministrativa a regime di diritto privato ed altri scritti*, Torino, 2018, p. 116.

²⁵ Con riferimento precipuo ai concetti di disciplina ed onore richiamati dal secondo comma dell'art. 54 Cost.

²⁶ Cfr. G. PALMA, *La piena tutela dell'ambiente naturale, che condiziona il comportamento dei singoli componenti della società, definito "culturale", per Costituzione rientra nell'azione politico-sociale*, in *Federalismi*, 34, 2020, p. 3.

E-procurement e Anticorruzione

di GIANCARLO SORRENTINO

SOMMARIO: 1. Trasparenza e prevenzione della corruzione, una *nuova* endiadi nel settore delle commesse pubbliche. - 2. L'*e-procurement* in Italia: dall'anticipo sulla normativa comunitaria ai ritardi nell'attuazione codicistica. - 3. La bocciatura da parte del Consiglio di Stato del regolamento di attuazione dell'art. 44 del codice dei contratti delle pubbliche amministrazioni: il parere della Sezione consultiva atti normativi del Consiglio di Stato 26 novembre 2020 n. 1940. - 4. Considerazioni conclusive.

1. Da tempo trasparenza e prevenzione della corruzione in relazione alla pubblica amministrazione e alla sua funzione istituzionale sono diventati un'endiadi che riecheggia quella declamata dall'art. 97 Cost. con riferimento all'imparzialità e al buon andamento.

Se imparzialità e buon andamento (unitamente alla legalità) segnano le direttrici di svolgimento e sviluppo della funzione amministrativa, trasparenza e prevenzione della corruzione rappresentano, infatti, strumenti necessari perché l'Amministrazione, fedele alla sua missione costituzionale (e prima ancora istituzionale), adempia ai compiti di servizio che le sono propri.

I temi della trasparenza e della prevenzione della corruzione per una funzione amministrativa che rispecchi sempre più e meglio gli impegni suggestivamente declinati nell'art. 1 del decreto legislativo n. 33 del 2013¹ toccano trasversalmente l'intero variegato mondo delle pubbliche amministrazioni e le molte e

¹ Secondo i commi 1 e 2 del d.lgs. n. 33 del 2013, come modificati dall'art. 1 del d.lgs. 97 del 2016: "1. La trasparenza è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche. 2. La trasparenza, nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico e di protezione dei dati personali, concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino".

diversificate attività a queste affidate. E non vi è dubbio che un ambito nel quale trasparenza e prevenzione della corruzione assurgono a elementi decisamente indisponibili per la buona amministrazione è quello delle commesse pubbliche (ovvero dei contratti della pubbliche amministrazioni), da sempre caratterizzato (anche per obblighi di derivazione comunitaria) dalla necessità di osservare procedure di evidenza pubblica tese a garantire tanto la soddisfazione dell'interesse pubblico (attraverso la selezione del migliore), quanto la *par condicio* tra gli aspiranti alla commessa e dunque la libertà di concorrenza degli operatori economici.

In tale prospettiva, tra trasparenza e prevenzione della corruzione, da un lato, e procedure di evidenza pubblica, dall'altro, vi sono non solo punti di contatto, ma (e sotto più profili) vere e proprie interconnessioni che legano per così dire a filo doppio le due tematiche, suggerendone approfondimenti e analisi che, per quanto possibile (in ragione della vastità e varietà delle questioni e dei problemi sottesi all'una e all'altra), si modellino in termini di inclusività e complementarità.

La cronaca, infatti, tristemente (con frequenza) ci ricorda che il dilagante fenomeno corruttivo si annida maggiormente nell'ambito degli appalti pubblici, da sempre terreno fertile per pratiche illecite.

Da qui, l'esigenza di richiedere un particolare rigore nelle condotte amministrative, rispetto alle quali si è giunti ad elaborare una nozione di corruzione finanche più ampia di quella rilevante sul piano strettamente penalistico, poiché l'imparzialità, il buon andamento, la disciplina e l'onore [artt. 54, 97 e 98 Cost., ma si vedano anche il testo unico dei dipendenti pubblici (d. lgs. 165/2001 s.m.i.) e il relativo codice di comportamento approvato con d.p.r. n. 62 del 2013, unitamente agli obblighi di lealtà e correttezza nei rapporti con i cittadini (si veda ora anche il comma 2 bis dell'art. 1 l. 241/1990 introdotto dal d.l. semplificazioni n. 76/2020 convertito con modificazioni con l. n. 120/2020)], portano sempre più ad abbassare (fino ad azzerarla) la soglia di tollerabilità di condotte e prassi amministrative distoniche rispetto ai principi e ai criteri guida dell'attività amministrativa per come declinati nell'art. 1 comma 1 della legge n. 241 del 1990 (testo vigente).

Tanto anche in ragione non solo della ovvia supremazia del principio di legalità (oltre che - se può sostenersi senza fraintendimenti - per la meritevolezza di ragioni di ordine etico, che pure sarebbero idonee conformare e qualificare la *buona* amministrazione ex art. 97 comma 1 Cost.), ma anche per l'incidenza nefasta che la piaga della corruzione, soprattutto nelle commesse pubbliche, ha sulla competitività del Sistema Paese.

Quello dei contratti delle pubbliche amministrazioni, infatti, è uno dei settori dove fortemente avvertita è l'esigenza di un'*amministrazione trasparente* quale

antidoto alla corruzione. La tematica, vasta e articolata, dei contratti pubblici costituisce, infatti, uno dei più rilevanti ambiti di interazione tra il comparto pubblico e quello privato. La relazione che in esso si innesca tra pubblica amministrazione e mondo delle imprese si apprezza in termini tanto di competitività e produttività, quanto e soprattutto di benessere della collettività (nelle diversificate declinazioni di cui all'art. 114 comma 1 Cost.), essendo proprio i cittadini i beneficiari finali degli interventi oggetto delle pubbliche commesse.

Una corretta e trasparente gestione delle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici determina, quindi, una efficiente gestione delle risorse pubbliche e un efficace e tempestivo approvvigionamento di beni, servizi ed opere, con il conseguente soddisfacimento dell'interesse generale, che è alla base delle scelte discrezionali dell'amministrazione e della stessa ragion d'essere della funzione amministrativa per come qualificata (tra gli altri) dagli artt. 2 (centralità della persona e doveri di solidarietà), 3 (funzione di servizio alle persone dell'attività amministrativa quale forma di esplicazione dei compiti della Repubblica) e 97 della Costituzione.²

In tale contesto, assume rilievo anche la dimensione comunitaria della materia (cfr. per tutte le Direttive 2014/23-24-25/UE), che si inverte nei contenuti prevalentemente "derivati" della disciplina dei contratti della pubblica amministrazione, che - com'è noto - è stata sottoposta ad una importante opera di riordino con il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), il cui originario impianto ha subito significative modifiche con il correttivo del 2017 (d.lgs. n. 56/2017) e con i successivi innesti di cui al d.l. n. 32/2019 convertito con modificazioni con l. n. 55/2019 (c.d. decreto sblocca cantieri) e di cui al citato d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni) convertito con modificazioni con l. n. 120/2020.

Il quadro normativo, articolato e complesso, è certo in continua evoluzione; tuttavia, può con sufficiente consapevolezza affermarsi che trasparenza e prevenzione della corruzione, con riferimento ai contratti della p.a., sono temi complementari e sinergici, di rilevanza strategica, per una Pubblica Amministrazione che voglia e debba essere volano di sviluppo e di benessere e non già zavorra della crescita.

Significativa, sotto questo aspetto, è l'attenzione che - in funzione di contrasto di fenomeni di illegalità e corruzione - la legge n. 190 del 2012 (appunto, la cd. legge sull'anticorruzione) pone sulla trasparenza nell'attività amministrativa,

² In ordine alla funzione amministrativa quale esplicazione di compiti di servizio alla persona sia consentito rinviare, anche per i dovuti e sempre attuali riferimenti di Dottrina, a G. SORRENTINO, *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*, Napoli, 2003, pp. 9 e ss.

intesa come “*accessibilità totale*” alle informazioni concernenti l’organizzazione e l’attività amministrativa, che costituisce “livello essenziale” delle prestazioni che devono essere garantite su tutto il territorio nazionale ai sensi dell’art. 117, comma 2 lett. m) Cost.

In questa prospettiva, è dunque utile indagare se e in che misura l’*e-procurement* quale sistema (divenuto) obbligatorio per l’approvvigionamento per le amministrazioni pubbliche (che nel nostro ordinamento ha avuto sperimentazioni anticipate finanche rispetto alla disciplina comunitaria) concorre a realizzare il valore della trasparenza, a favorire buone pratiche di amministrazione e dunque a prevenire, nel settore *sensibile* delle commesse pubbliche, fenomeni corruttivi.

2. Benvero, l’*e-procurement* rappresenta un fenomeno quasi naturalmente destinato ad affermare buone pratiche nel settore delle pubbliche commesse e, con esse, a garantire trasparenza, prevenendo e contenendo fenomeni di corruzione.

Il neologismo di lingua inglese individua il processo di approvvigionamento elettronico quale insieme di tecnologie, procedure, operazioni e modalità organizzative che consentono l’acquisizione di beni e servizi *on line*, grazie alle possibilità offerte dallo sviluppo della rete Internet e del commercio elettronico.³

La nascita e l’evoluzione dell’*e-procurement* pubblico ha, tra gli altri, come obiettivi la riduzione della spesa per le forniture di beni e servizi nella PA, lo snellimento e la semplificazione nello svolgimento delle procedure, la garanzia della massima trasparenza nelle operazioni di gara anche in funzione della più ampia apertura del mercato dei pubblici appalti al fine di renderlo più competitivo.

È noto che l’Italia è stato uno dei primi paesi a emanare una normativa in materia di *e-procurement*. Ed infatti, quando ancora il tema non trovava nemmeno timidi accenni nel contesto comunitario,⁴ il d.P.R. n. 101 del 2002

(«Regolamento recante criteri e modalità per l’espletamento da parte delle amministrazioni pubbliche di procedure telematiche di acquisto per l’approvvigionamento di beni e servizi»), appunto anticipando la disciplina europea in materia, ha introdotto nel nostro ordinamento la disciplina del MePA, stabilendo le modalità di svolgimento delle gare telematiche.

L’ordinamento nazionale si era dunque già dotato di una propria regolamentazione del mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni quando la Comunità Europea, con la direttiva appalti 2004/18/CE, al considerando 14, così si esprimeva: “*occorre introdurre una definizione comunitaria di aste elettroniche e regolarmente regolamentarle mediante norme specifiche per garantire che si svolgano nel pieno rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza. (...) Il ricorso alle aste elettroniche consente alle amministrazioni aggiudicatrici di chiedere agli offerenti di presentare nuovi prezzi modificati al ribasso e, quando l’appalto è attribuito all’offerta economicamente più vantaggiosa, anche di migliorare elementi diversi dal prezzo.*”

Peraltro, l’apertura comunitaria, “*per garantire il rispetto del principio di trasparenza*”, consentiva il ricorso all’asta elettronica solo per “*gli elementi che possono essere soggetti ad una valutazione automatica a mezzo elettronico, senza intervento e/o valutazione da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, ossia solo gli elementi quantificabili in modo tale da poter essere espressi in cifre o percentuali. Al contrario, gli aspetti delle offerte che implicano una valutazione di elementi non quantificabili non dovrebbero essere oggetto di aste elettroniche.*”

successivi di oltre 10 anni rispetto al primo intervento nazionale in materia: “L’impiego delle tecnologie informatiche nell’ambito degli appalti pubblici è stato da tempo indicato in sede internazionale come un fattore decisivo nel perseguimento di molteplici finalità e interessi generali: in aggiunta al miglioramento della trasparenza, dell’efficienza e produttività nonché delle strategie di contrasto alla corruzione, gli studi in materia hanno evidenziato ricadute positive in termini di risk management, concorrenza (anche transfrontaliera) e spinta all’innovazione dell’intero sistema, atteso il ruolo strategico che la domanda pubblica può svolgere. In primo luogo l’utilizzo dell’*e-procurement* assume speciale rilievo, insieme con altri strumenti, nell’ambito del “*Revised Agreement on Government Procurement*” dell’Organizzazione Mondiale del Commercio (di seguito, anche “OMC”) così come nelle raccomandazioni dell’Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (di seguito, anche “OCSE”) del 2015. Da un lato, si suggerisce l’uso generalizzato delle piattaforme online (“online portal”) per assicurare imprescindibili presidi informativi in favore sia dei concorrenti sia dei cittadini (§ 2). Dall’altro, si invitano i Paesi aderenti all’adozione di strumenti informatici in modo integrato lungo tutto il ciclo di spesa, dall’*e-notification* all’*epayment*, e coerente tra le varie stazioni appaltanti nonché in modo fruibile, modulare e flessibile. In secondo luogo, l’OCSE consiglia specifiche azioni affinché l’adozione di piattaforme digitali incoraggi: l’efficienza, specie in termini di accelerazione delle procedure di gara e riduzione dei costi transattivi, anche in capo ai partecipanti; la semplificazione; una più diretta interazione col mercato; una maggiore capillarità nel monitoraggio delle performance e nella creazione degli indicatori”.

³ Sul sito dell’Agenzia per l’Italia digitale (www.agid.gov.it), a proposito dello sviluppo dell’*e-procurement* nell’ambito dei progetti CEF (Connecting Europe Facility: fondo primario dell’UE per promuovere la crescita, il lavoro e la competitività attraverso specifici investimenti su infrastrutture a livello comunitario), si legge che “*l’e-procurement* pubblico è l’insieme degli strumenti informatici e telematici da utilizzare nelle diverse fasi dei processi di approvvigionamento delle pubbliche amministrazioni in conformità alle direttive europee sui contratti pubblici e al nuovo codice appalti.”

⁴ A proposito della lungimiranza dell’intervento regolamentare del 2002 è utile sottolineare quanto si legge nel Documento della Banca d’Italia per l’Anac (n. 0590196/20 del 7 maggio 2020, appendice a L. DONATO, M. MARICONDA M. MIRRIONE, CIARALLI in Astrid Rassegna 8/2020, pp. 8 e 9). Ivi si rimarca la valenza strategica dell’*e-procurement* richiamando documenti dell’OMC e dell’OCSE datati 2015 e dunque, per quanto ritenuti risalenti, comunque

Su queste (limitanti) premesse, l'art. 1 comma 7 della Direttiva del 2004 forniva la seguente definizione: “Un’asta elettronica è un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso e/o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico.” Definizione di poi recepita dal d.lgs. n. 163/2006, che all’art. 3, comma 15, precisava altresì che “gli appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, non possono essere oggetto di aste elettroniche”.

Lo scenario comunitario cambia radicalmente con le successive direttive 2014/23-24-25/UE, che consolidano e sviluppano i principi enunciati in materia dalla Commissione Europea con la Comunicazione del 3 ottobre 2012, *Marking Public Procurement work in and for Europe*.⁵

Ed infatti, come rimarca il ministero per la pubblica amministrazione nella richiesta di parere sulla bozza di regolamento attuativo dell’art. 44 d.lgs. n. 50/2016, la digitalizzazione degli appalti pubblici⁶ rappresenta una delle principali direttrici delle politiche economiche della Commissione europea, che già alla fine del 2011 aveva proposto di rendere obbligatorie le fasi di pubblicazione elettronica (*e-notification*), di accesso elettronico ai documenti di gara (*e-access*) e di presentazione elettronica delle offerte (*e-submission*). E ciò - come si rileva nel correlato parere reso dal Consiglio di Stato (su cui *infra* sub. 3) - in funzione dell’obiettivo di realizzare per via elettronica l’intero ciclo dell’appalto, ossia dalla pubblicazione del bando fino al pagamento elettronico, in considerazione del fatto che gli appalti elettronici costituiscono uno dei fattori che contribuiscono alle finalità di crescita sostenibile della strategia Europa 2020 e alla realizzazione di un unico mercato digitale.

In questa prospettiva, nelle Direttive del 2014 la digitalizzazione degli appalti pubblici è individuato quale fattore decisivo di semplificazione, che, garantendo efficacia e trasparenza e favorendo la più ampia partecipazione, qualifica

le politiche europee tese a realizzare e ad incrementare la qualità degli appalti.⁷ Rileva, in proposito, l’art. 22 della Direttiva 2014/24/EU che - rubricato “Regole applicabili alle comunicazioni” - dispone l’obbligatorietà delle modalità di comunicazione digitale per l’intera gara, e quindi anche per la fase di presentazione delle offerte (c.d. *e-Submission*); ma rilevano anche l’art. 51, par. 2 che - rubricato “Redazione e modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi” - quanto alla *e-Notification*, dispone l’obbligatorietà della redazione e della trasmissione di bandi e avvisi per via elettronica, nonché l’art. 53, par. 1 che - rubricato “Disponibilità elettronica dei documenti di gara” - quanto all’*e-Access*, dispone l’ampio accesso per via elettronica ai documenti di gara a decorrere dalla data di pubblicazione dell’avviso o bando.

Sulla scorta e in recepimento delle Direttive UE del 2014, oltre che in attuazione della delega di cui alla legge n. 11/2016, il d.lgs. n. 50/2016, recante il codice dei contratti pubblici, dedica più disposizione all’*e-procurement*, mutando radicalmente l’impostazione rispetto al codice del 2006, che disciplinava soltanto il sistema dinamico di acquisizione e le aste elettroniche.

In particolare, della nuova disciplina codicistica vengono in rilievo, tra gli altri, l’art. 40 sull’obbligatorietà dell’uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione per le centrali di committenza e per tutte le altre stazioni appaltanti; l’art. 44 sulla digitalizzazione delle procedure di gara; l’art. 52 sulle regole applicabili alle comunicazioni elettroniche; gli articoli da 55 a 58, rispettivamente sui sistemi dinamici di acquisizione, sulle aste elettroniche, sui cataloghi elettronici e sulle procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione; l’art. 72 sulla trasmissione telematica di avvisi e i bandi all’Ufficio delle pubblicazioni dell’Unione Europea; l’art. 73 con riferimento alla pubblicità degli atti di gara; l’art. 74, in tema di disponibilità elettronica dei documenti di gara; l’art. 77, comma 2, secondo cui la Commissione “può lavorare a distanza con procedure telematiche che salvaguardino la riservatezza delle comunicazioni”;⁸ l’art. 212,

⁵ Sulla Comunicazione cfr. il citato Documento della Banca d’Italia per l’Anac (n. 0590196/20 del 7 maggio 2020, appendice a L. DONATO, M. MARICONDA M. MIRRIONE, CIARALLI in Astrid Rassegna 8/2020, p. 10, dove si pone in rilievo che “Dal punto di vista pratico, la Commissione ha inoltre promosso la redazione di un “*e-Procurement Golden Book of Good Practice*”, in cui sono proposte, in un’ottica costi-benefici e di convergenza europea, possibili soluzioni operative per realizzare opportune transizioni digitali, al fine di completare l’informatizzazione dell’intero processo, in aggiunta alle fasi di *e-Notification*, *e-Access*, *e-Submission*, ed *e-Invoicing* già oggetto di armonizzazione europea”.

⁶ Del parere della Sezione consultiva atti normativi del Consiglio di Stato n. 1940 del 26 novembre 2020 si dirà sub paragrafo 3.

⁷ Si vedano, in particolare, i considerando da 52 a 57 e il considerando 72. Sulla pregnanza del concetto di *qualità* del bene cui tende il processo di acquisizione nell’ambito delle commesse pubbliche sempre illuminante e tuttora innovativo è il contributo, di F. PUGLIESE, *Nuove regole nuove responsabilità (anche) per gli appalti e la gestione di lavori servizi e forniture*, in *Scritti recenti sull’amministrazione “consensuale”: nuove regole, nuove responsabilità*, stampato in proprio, 1997, pp. 11 e ss.

⁸ Secondo Cons. Stato, sez. III, 11 gennaio 2019, n. 276, è legittimo, prima della fase collegiale, consentire ad ogni singolo commissario di accedere autonomamente ai progetti presentati dai concorrenti, mediante un canale telematico che assicuri l’autenticità nonché la riservatezza delle comunicazioni (possibilità riconosciuta per agevolare lo studio dei progetti stessi, ai fini di una istruttoria più esauriente possibile, nonché per accelerare i tempi di chiusura del procedimento di gara).

comma 1, lettera d), sulla redazione del piano nazionale in tema di procedure elettroniche di acquisto.⁹

L'uso delle piattaforme digitali ai sensi degli artt. 40 e 58 del codice dei contratti pubblici, come da più parti evidenziato, garantisce la par condicio, l'effettiva concorrenza, l'imputabilità delle dichiarazioni ai concorrenti, l'inviolabilità e la segretezza delle offerte, la trasparenza e la tracciabilità delle operazioni di gara. Consente, inoltre, il controllo diffuso sull'operato dei soggetti pubblici, potendosi disporre con immediatezza dei dati e avvalendosi della conoscibilità delle informazioni riguardanti stazioni appaltanti e operatori economici.

Ne conseguono, con evidenza, riflessi benefici per la prevenzione della corruzione, grazie al valore aggiunto della immediatezza delle informazioni e della genuinità e della tracciabilità dell'intero ciclo di vita della procedura di gara e della stessa esecuzione del contratto. In tale prospettiva, come da sollecitazioni e raccomandazioni eurounitarie,¹⁰ l'*e-procurement* - a fini di prevenzione della corruzione - favorisce e stimola l'affermarsi di buone pratiche nello svolgimento sia delle procedure di gara, sia dei rapporti contrattuali e, dunque, è funzionale alla garanzia della qualità del bene da acquisire mediante evidenza pubblica e concorre certamente alla realizzazione della "buona amministrazione" in coerenza con il paradigma istituzionale di cui agli artt. 97 e 98 Cost.

Tuttavia, se - come si è accennato nella nota 9 - sul piano astratto del dover essere, secondo una lettura ragionata del codice dei contratti pubblici, è possibile individuare, pur nell'intricato groviglio di norme oggetto di perenne modifica,¹¹ un filo conduttore che legando trasparenza e tracciabilità conduce verso l'obiettivo della progressiva e completa digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici, deve realisticamente constatarsi che sul piano dell'essere non poche sono ancora oggi le criticità e i ritardi, tanto che deve tristemente convenirsi che la quadratura del cerchio è ancora di là da venire.

Permane infatti una pletora di stazioni appaltanti, per la gran parte del tutto priva della professionalità necessaria, poiché è evidente che la "transizione

digitale" non può essere percepita, pensata e realizzata come la mera trasposizione dell'analogico all'informatico.¹²

Quanto ai ritardi, si è ancora in attesa dell'attivazione della banca dati degli operatori economici prevista dall'art. 81 del codice, il cui affidamento al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti¹³ piuttosto che all'Anac è peraltro già di per sé una distonia, considerate le ampie competenze affidate a detta Autorità anche in materia di analisi e gestione dei dati.

A ciò va aggiunto, per la sua rilevanza (e comunque a titolo esemplificativo), il ritardo nell'attuazione del principio dell'unicità del luogo di pubblicazione e di unicità dell'invio delle informazioni e del sistema di interoperabilità e di interscambio dei dati e degli atti tra le diverse banche dati declinati dal comma 4 bis dell'art. 29 del codice dei contratti pubblici.¹⁴

Ad ogni modo è certamente l'assenza del regolamento previsto dall'art. 44 del codice dei contratti pubblici che, come ora si dirà, condiziona fortemente le capacità taumaturgiche dell'*e-procurement* negli approvvigionamenti delle amministrazioni pubbliche.

3. L'art. 44 del codice dei contratti delle pubbliche amministrazioni ha previsto che con apposito "decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, e con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID), nonché l'Autorità garante della privacy per i profili di competenza, sono definite le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. Sono, altresì, definite le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione,

¹² Sull'importanza della professionalizzazione degli appalti pubblici si concentra la Raccomandazione del 3 ottobre 2017 della Commissione Europea "Costruire un'architettura per la professionalizzazione degli appalti pubblici".

¹³ Oggi, Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibile, secondo la denominazione assunta in forza del comma 1 dell'art. 5 d.l. n. 22/2021, convertito con modificazione con l. n. 55/2021.

¹⁴ Il comma 4 bis dell'art. 29 cit. dispone, infatti, che "il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, l'ANAC e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome per i sistemi di cui ai commi 2 e 4 condividono un protocollo generale per definire le regole di interoperabilità e le modalità di interscambio dei dati e degli atti tra le rispettive banche dati, nel rispetto del principio di unicità del luogo di pubblicazione e di unicità dell'invio delle informazioni [...] L'insieme dei dati e degli atti condivisi nell'ambito del protocollo costituiscono fonte informativa prioritaria in materia di pianificazione e monitoraggio di contratti e investimenti pubblici."

⁹ Si vedano anche l'art. 29, l'art. 81, l'art. 106, l'art. 213, dai quali - in collegamento con gli articoli menzionati nel testo - come sottolineato nel documento Anac 27 maggio 2020, *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, p. 4, disponibile all'indirizzo www.anac.it, "traspare un chiaro filo conduttore [...] verso l'obiettivo della progressiva e completa digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici."

¹⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*, COM(2017) 572 final, richiamata in *Strategie e azioni*, cit., p. 4.

¹¹ Molti sono già stati gli interventi normativi sul codice del 2016 e tuttora si dibatte su ulteriori modifiche, anche di radicale stravolgimento dell'impianto codicistico.

riferite anche all'individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto.”

Il regolamento avrebbe dovuto essere emanato entro un anno dall'entrata in vigore del d. lgs. n. 50/2016 e va da sé che la sua entrata in vigore costituisce una tappa fondamentale affinché l'*e-procurement* si affermi e consolidi quale forma tipica e propria delle procedure di evidenza pubblica, con i connessi benefici cui si è accennato.

Ad oggi, tuttavia, il regolamento non solo non è stato emanato, ma la bozza predisposta con rilevante ritardo dal ministero per la pubblica amministrazione ha ricevuto una sonora bocciatura da parte della Sezione consultiva atti normativi del Consiglio di Stato, che con parere del 26 novembre 2020 n. 1940 ha stigmatizzato il testo sottoposto al suo esame per ragioni di forma e di contenuto.

Si legge nel richiamato parere che - previo concerto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro dell'economia e delle finanze e giusti i pareri del Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali e dell'Agenzia per l'Italia digitale (AGID) - “con nota 3 novembre 2011, prot. 1810, il Ministro per la pubblica amministrazione ha chiesto il parere della Sezione sullo schema di decreto recante le modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici”.

Il testo normativo così predisposto è stato esaminato dalla Sezione consultiva atti normativi nell'adunanza del 17 novembre 2020 per l'espressione del parere di legge.

Dell'accento posto dal ministero richiedente sulla rilevanza strategica della digitalizzazione degli appalti pubblici per le politiche economiche della Commissione europea si è già detto. Va ora sottolineato come il ministero, a conferma della importanza della bozza di regolamento sottoposta all'esame del Consiglio di Stato, ha evidenziato che gli obiettivi perseguiti in materia dall'Unione europea sono stati inseriti dalle autorità italiane tra gli interventi del Piano d'azione nazionale “Appalti pubblici”, allegato all'Accordo di partenariato italiano 2014-2020, in considerazione della centralità del settore nel contesto dei fondi strutturali e d'investimento europei per il perseguimento di un pieno ed efficace coordinamento tra la politica del mercato interno e la politica di coesione territoriale.

È dunque su queste premesse che - come si legge nel parere dell'organo consultivo - il ministro per la pubblica amministrazione ha elaborato uno schema di decreto, nel quale sono stati identificati i principi generali che sottendono alla digitalizzazione dei processi di acquisto della PA, effettuando in particolare la c.d. “reingegnerizzazione” in chiave digitale delle fasi di acquisto e negoziazione e individuando le caratteristiche tecniche generali dei sistemi - indicati appunto come “sistemi telematici” - che ne costituiscono il supporto telematico.

L'esame dell'articolato, tuttavia, già in via preliminare non ha incontrato i favori della Sezione consultiva per l'uso frequente di parole di origine inglese, ritenuto in contrasto con i criteri per la redazione dei testi normativi previsti dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 2 maggio 2001, “Guida alla redazione dei testi normativi”. Tanto che, a prescindere dal merito, il Consiglio di Stato ha formulato “l'invito a rivedere integralmente lo schema di regolamento in esame, per renderlo conforme alle linee guida stabilite con la predetta circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 2 maggio 2001.”

L'esito infausto dell'esame di forma dello schema di decreto ministeriale è, poi, risultato aggravato dall'analisi condotta dalla sezione sui contenuti della bozza di regolamento.

Si consideri, infatti, che con riferimento all'articolo 1 che reca “le definizioni” la Sezione ha rimarcato l'assenza di talune definizioni rilevanti e in particolare di quella di “sistema telematico”, il cui inserimento è stato espressamente richiesto “allo scopo di rendere più chiaro l'ambito di applicazione e l'oggetto del regolamento in questione.” Non solo, perplessità sono state manifestate in ordine alla mancata indicazione delle modalità di scelta del “gestore del sistema telematico” e del “responsabile del sistema telematico”, invece ritenuta necessaria (e comunque opportuna) per motivi di trasparenza, che imporrebbero pure di rappresentare la ragione per la quale il “responsabile del sistema telematico” può essere solamente un “soggetto pubblico”, laddove il gestore può essere pubblico o privato.

Con riferimento all'articolo 17, quanto alle sedute del seggio di gara, la Sezione ha rimarcato che occorre prevedere espressamente che il sistema telematico, nel consentire la gestione telematica delle sedute collegiali della commissione giudicatrice, garantisca la necessaria riservatezza delle sedute non pubbliche, garantendo altresì che la relativa registrazione venga effettuata nel rispetto della segretezza propria di dette sedute.

Particolarmente critico si è mostrato poi l'organo consultivo nell'esame (congiunto) degli articoli 20 e 21, relativi, rispettivamente, all'apertura e valutazione delle offerte tecniche, nonché all'apertura e valutazione delle offerte economiche.

In proposito, la Sezione innanzitutto ha rilevato che il regolamento al suo esame ha una applicazione generalizzata, comprensiva sia delle procedure di affidamento aggiudicate con il criterio del prezzo più basso, sia di quelle aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95 del codice dei contratti pubblici.

A seguire, posto in rilievo il diverso ruolo del seggio di gara nei due sistemi di aggiudicazione, la Sezione ha rimarcato come la commissione giudicatrice

nell'ipotesi di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa procede alla valutazione, secondo i criteri prefissati dal bando o dal capitolato speciale d'appalto, sia delle offerte tecniche sia delle offerte economiche, con l'assegnazione alle prime e alle seconde del relativo punteggio ed esercitando il proprio potere tecnico-discrezionale nella valutazione della componente tecnica.

In ragione di ciò, la Sezione ha ammonito che, nelle procedure di affidamento aggiudicate col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione giudicatrice deve rimanere, ai sensi dell'articolo 77 del codice, "il solo organo deputato alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche ed all'assegnazione dei relativi punteggi, potendosi demandare al sistema telematico unicamente lo svolgimento di compiti prettamente aritmetici, come ad esempio il calcolo del punteggio totale assegnato al singolo partecipante".

La Sezione ha dunque escluso con nettezza che il sistema telematico possa sostituirsi alla commissione giudicatrice nell'esercizio del suo potere tecnico-discrezionale, ritenendo del tutto inammissibile che si possa conferire al sistema una qualche "autonomia decisionale" o uno spazio tecnico-discrezionale, che devono invece essere riservati agli organi della stazione appaltante.¹⁵

Le potenzialità del sistema telematico potranno essere invece sfruttate nelle sole procedure di affidamento aggiudicate secondo il criterio del prezzo più basso, rimanendo tuttavia sempre fermamente escluso, pure in dette procedure, che quest'ultimo possa sostituirsi nella verifica delle offerte sospettate di anomalia.

Non solo, ponendosi in controtendenza rispetto a talune indicazioni giurisprudenziali,¹⁶ la Sezione consultiva si è mostrata critica pure rispetto alla

formulazione del regolamento quanto agli obblighi di pubblicità delle sedute di gara, lamentando la mancata valorizzazione del dato normativo primario che impone la pubblicità delle sedute al momento dell'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa, al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche (sia pure solo per constatarne il contenuto), nonché, dopo la valutazione (riservata) dell'offerta tecnica, al momento dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

Sulla base dei citati rilievi, la Sezione consultiva ha, dunque, concluso per l'integrale riscrittura dei due menzionati articoli¹⁷ (la cui importanza per l'operatività dell'*e-procurement* è di solare evidenza), affermando come sia "necessario garantire espressamente che l'utilizzo del sistema telematico non comprometta o pregiudichi la normativa primaria di svolgimento della procedura di evidenza pubblica, non si appropri di spazi di discrezionalità tecnica riconosciuti agli organi della stazione appaltante, assicuri il rispetto delle regole di riservatezza delle sedute non pubbliche della commissione giudicatrice e l'osservanza di quelle relative all'accesso agli atti di gara, ai sensi dell'articolo 53 del codice dei contratti pubblici."

Infine, anche l'articolo 22 non è stato ritenuto immune da rilievi, nella parte in cui sembrerebbe ammettere la non obbligatorietà del sistema telematico sia per la trasmissione da parte dell'operatore economico delle giustificazioni della propria offerta, sia per la comunicazione da parte della stazione appaltante dei provvedimenti di esclusione di un concorrente.

In ragione dei rilievi di merito sopra sintetizzati mossi dalla Sezione consultiva, è verosimile ritenere che i tempi di riformulazione dello schema di decreto ministeriale non saranno brevi, perpetuandosi in tal modo, e nell'attuale peculiarissima contingenza, l'assenza dello strumento fondamentale previsto dal legislatore per la piena funzionalità ed operatività dell'*e-procurement*.

l'incorruttibilità di ciascun documento presentato" (Consiglio di Stato, Sezione V, 21 novembre 2017, n. 5388). A tale orientamento del giudice d'appello si è allineata anche la giurisprudenza di primo grado che ha ritenuto che "nell'ambito delle procedure telematiche di evidenza pubblica, non sono necessarie sedute pubbliche per l'apertura delle offerte, come confermato dall'art. 58, d.lgs. n. 50 del 2016, che non ha codificato, in relazione alle procedure gestite in forma telematica, alcuna fase pubblica". Il su riferito orientamento giurisprudenziale tuttavia non sembra in linea con il parere della Sezione consultiva, con possibili ricadute negative anche sulla sovente auspicata e declamata portata deflattiva dell'*e-procurement* rispetto alla tradizionale litigiosità degli operatori economici nelle procedure di evidenza pubblica.

¹⁷ La Sezione, nel proprio parere, si è anche preoccupata di individuare in modo analitico le modifiche da apportare agli articoli 20 e 21 per l'ipotesi in cui il ministero non ritenesse di doverli riscrivere.

¹⁵ In proposito, la sezione consultiva mostra una netta diffidenza verso il sistema telematico che non può sostituirsi alle valutazioni riservate al seggio di gara e che induce a riflettere sul sempre più complesso e intrigante rapporto tra tecnologia e persona, che anche nella giurisprudenza sull'algoritmo vede il giudice amministrativo attestarsi su posizione di grande prudenza (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270 e 13 dicembre 2019, n. 8472 in tema di procedure di reclutamento e mobilità svolte in attuazione della legge n. 107 del 2015 c.d. "Buona Scuola", nelle quali si coglie anche il tentativo del giudice di appello di declinare una cornice di principi di compatibilità della decisione robotica nell'attuale contesto).

¹⁶ Secondo Tar Campania, Napoli, sez. II, 2 marzo 2020, n. 957 (confermata da Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2021 n. 1700), "il principio di pubblicità delle sedute deve essere rapportato non ai canoni storici che hanno guidato l'applicazione dello stesso, quanto piuttosto alle peculiarità e specificità che l'evoluzione tecnologica ha consentito di mettere a disposizione delle procedure di gara telematiche, in ragione del fatto che la piattaforma elettronica che ha supportato le varie fasi di gara assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte (indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico) posto che ogni operazione compiuta risulta essere ritualmente tracciata dal sistema elettronico senza possibilità di alterazioni; in altri termini è garantita non solo la tracciabilità di tutte le fasi ma proprio l'inviolabilità delle buste elettroniche contenenti le offerte e

4. Tirando le fila del discorso, può dunque convenirsi che la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici, dalla fase della programmazione fino alla fase del collaudo e di liquidazione delle somme dovute, favorisce sotto più profili la semplificazione delle procedure, consentendone la standardizzazione, con ricadute benefiche in termini di risparmi di tempi e di costi, con continuo monitoraggio delle procedure e dei rapporti contrattuali e con riduzione significativa di errori operativi.

Nel contempo, anche la digitalizzazione della fase esecutiva dei contratti permette il monitoraggio continuo dello stato di avanzamento dell'esecuzione e comporta indubbi benefici, pure in ordine alla riduzione degli oneri a carico del direttore dei lavori, alla verifica degli adempimenti, con possibili ricadute sulla riduzione del contenzioso, nonché con riferimento alla fase di collaudo,.

Su queste premesse, la centralità e la rilevanza strategica dell'*e-procurement* per prevenire e combattere fenomeni di corruzione, non può che essere in *re ipsa*; tuttavia, e in estrema sintesi, nonostante la buona e anticipata partenza, sembra che per un'amministrazione che cammini bene la via italiana che conduce alla piena affermazione e realizzazione dell'*e-procurement* sia ancora lunga e accidentata. Una significativa conferma in tal senso la si rinviene, tristemente, nei rilievi mossi dal Consiglio di Stato alla bozza di regolamento attuativo dell'art. 44 del codice dei contratti pubblici, che lasciano ipotizzare che i tempi di percorrenza potranno non essere compatibili con gli impegni che attendono il Paese, considerata l'enorme quantità di risorse pubbliche che nel prossimo futuro sarà impegnata per la realizzazione del piano nazionale di ripresa e resilienza per cercare di superare la profonda crisi prodotta dalla pandemia.

La corruzione vinta dall'egoismo: dalla logica degli adempimenti alla responsabilità verso i risultati*

di ANTONIO LEO TARASCO

SOMMARIO: 1. Corruzione e anticorruzione, tra etica e diritto penale. - 2. Alle origini dell'utopia dell'anticorruzione, tra diritto e sociologia. - 3. Motivazione e genesi della corruzione: il problema della dissociazione tra proprietà e gestione. - 4. La «santificazione» dell'egoismo: realizzare l'interesse pubblico perseguendo l'interesse privato. - 5. Legalità, imparzialità e buon andamento: quale il fine e quale il limite? - 6. Corruzione e (in)efficienza: quali rapporti? - 7. Un antidoto alla corruzione: la responsabilizzazione verso il risultato. - 7.1. - Un esempio: l'esecuzione del contratto. - 8. La lotta alla corruzione negli ordinamenti stranieri. - 8.1. Stati Uniti: il *Regulatory Flexibility Act*. - 8.2. Gran Bretagna: *bribery, corruption e best value*. - 8.3. Germania: centralizzazione degli appalti e investimenti sulla formazione dei dipendenti.

Non c'è tirannia peggiore di quella esercitata all'ombra della legge e con i colori della giustizia
Montesquieu

Vuoi conoscere se un popolo sia ancor cinto dalle tenebre della barbarie o se già sollevi gli occhi al lume della politezza e civiltà? Apri il codice delle sue leggi. Se questo sia troppo ampio e diffuso, se le leggi sue sian particolari e molte, abbi per certo che quella nazione è barbara ancora, e molto cammino a compir le rimane a giungere alla splendida meta della sua coltura.
F. M. Pagano

* Lo scritto riproduce, con adattamenti e integrazioni, la relazione svolta al convegno organizzato dal Dipartimento di Scienze Economiche e Statistiche dell'Università degli Studi di Salerno il 27 novembre 2020 sul tema "*Tecnologi e anticorruzione*", nonché il seminario tenuto nel Dipartimento di Economia e Diritto dell'Università di Roma "La Sapienza" il 22 dicembre 2020 su "*Anticorruzione: dalla logica dell'adempimento alla responsabilizzazione verso i risultati*".

1. La politica sull'anticorruzione che si è sviluppata nell'ordinamento italiano sembra perseguire una vera e propria utopia: imporre, per legge, l'onestà nella P.A.¹ A tanto sembra condurre il concetto di corruzione descritto nel Piano Nazionale Anticorruzione² che è «comprensivo delle varie situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati. Le situazioni rilevanti sono più ampie dei reati di corruzione e concussione (artt. 318, 319 e 319 ter *et alia*, c.p.), e sono tali da comprendere non solo l'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati nel Titolo II, Capo I, del codice penale, ma anche le situazioni in cui - a prescindere dalla rilevanza penale - venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite ovvero l'inquinamento dell'azione amministrativa *ab externo*, sia che tale azione abbia successo sia nel caso in cui rimanga a livello di tentativo».

Con il primo Piano Nazionale Anticorruzione è stata accolta l'accezione (atecnica) globalmente diffusa di «corruzione», quella cioè che si identifica «con il comportamento di chi utilizza il suo potere per fini personali e che include ogni forma di deviazione dell'attività amministrativa dai suoi fini tipici. Prima di allora, la corruzione sembrava essere confinata al mondo del diritto penale e limitata ai casi, pur numerosi, che presentavano implicazioni con lo scambio di denaro o di favoritismi clientelari»³.

L'ampiezza della nozione di corruzione accolta dal «diritto dell'anticorruzione» già pone non trascurabili problemi concettuali: essa, infatti, è assai vicina alla nozione di abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p. che, dopo l'entrata in vigore dell'art. 23, comma 1, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, punisce - in caso di violazione «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da

atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità», anche nella forma omissiva disciplinata nell'art. 323 c.p. - la condotta di chi «intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto»⁴. Ma se la condotta non integra né l'abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p. né altro e più grave delitto contro la P.A., perché perseguirla? L'area esterna ai delitti contro la P.A., siano o meno integrati da impiegati pubblici o da terzi soggetti, più che al diritto penale sembra più propriamente riconducibile all'etica e alla deontologia professionale. Ma - ed è questo il punto - come fare ad imporre l'onestà per legge? Non è un caso che, come si avrà modo di esporre più avanti, in Gran Bretagna si distingua tra *bribery* (corruzione, punita penalmente, secondo le severe previsioni del *Bribery act* del 2010) e *corruption* (che racchiude l'equivalente della *mala gestio*).

Non si discute, in altri termini, dell'esigenza di moralizzare i comportamenti sociali quanto l'idea metodologica: imporlo per legge, e per di più attraverso una logica prevalentemente basata su adempimenti formali (come comunicazioni e pubblicazioni).

2. L'utopia di imporre per legge l'onestà è storicamente influenzata dalla sociologia e da cattive statistiche.

Molto si deve al *Corruption Perception Index* prodotto annualmente da *Transparency International*, una associazione privata, non governativa, diffusa in oltre 100 Paesi che ha per scopo «*end the injustice of corruption*», «*to stop corruption and promote transparency, accountability and integrity at all levels and across all sectors of society*». Obiettivi amplissimi che ne giustificano l'esistenza in eterno. Più che per i risultati concretamente prodotti, essa è nota per l'annuale statistica che colloca i diversi Paesi del mondo in una ideale graduatoria in ragione dell'indice di corruzione che viene calcolato: nel 2020, l'Italia ha conseguito il punteggio di 53, *ex aequo* con Arabia Saudita e Mauritius, ma peggiore di Rwanda e Oman (54), Dominica (55), la Georgia (56), Capo Verde (58), il Botswana (60), Seychelles (66), Uruguay (71).

La gravità di tali rilevazioni - peraltro basate su assunti non noti e molto criticati⁵ - ha contribuito a radicare nella coscienza collettiva, e nel legislatore

¹ Esemplificativi anche i titoli della più rilevante bibliografia in argomento: si veda, per tutti, B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007. In tema, in generale, si vedano altresì gli scritti di A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, Torino, 2012; F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011; F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*, Firenze, 2010; D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Mani impune*, Bari-Roma, 2007; D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Un paese anormale*, Bari-Roma, 1999.

² Piano Nazionale Anticorruzione adottato ai sensi dell'art. 1, comma 2 lett. b), legge 6 novembre 2012, n. 190 ed approvato il 11 settembre 2013 con la delibera CIVIT n. 72/2013, su proposta del Dipartimento della funzione pubblica.

³ V. LEGGIO, *Anticorruzione e semplificazione degli appalti nel contesto internazionale*, in L. DONATO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, Banca d'Italia - Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale n. 89, giugno 2020, pp. 45 ss., qui p. 45.

⁴ Sul tema, si veda fin da ora S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*, Torino, 2020.

⁵ Le Nazioni Unite ne hanno fatto oggetto di una Risoluzione della Conferenza degli Stati Parte nella riunione globale di Abu Dhabi del dicembre 2019. Il Gruppo di Azione contro la

nazionale *in primis*, la necessità di apprestare una disciplina specifica di lotta alla corruzione.

Anche sull'onda emotiva dei periodici *Corruption perception index*, si è trascurato che l'indice misura la percezione della corruzione nella società e non già l'effettivo tasso di corruzione. Anzi, va detto che più si combatte la corruzione, come accade in Italia, più la stessa si rende epidermicamente percepibile. Il che ridonda negativamente proprio su quell'indice e quindi sulla necessità di combatterla, in un circolo che non è possibile definire in alcun modo virtuoso. Inoltre, gli indici di misurazione percettivi, come il CPI di *Transparency International*, non prendono in considerazione dati giuridici obiettivi, cioè le contro-misure adottate a livello organizzativo e normativo nei Paesi sottoposti a valutazione (come ad esempio l'obbligatorietà dell'azione penale, l'indipendenza del Pubblico ministero dal Governo, la libertà di stampa sui fatti di giustizia ecc.). L'esistenza, ad esempio, della Direzione Nazionale Antimafia ed Antiterrorismo (sul piano organizzativo) così come l'impianto della normativa anticorruzione (legge 6 novembre 2012, n. 190 e sue successive integrazioni) non sono prese in considerazione e non incidono sul punteggio da attribuire.

Al fine di superare i limiti di tali statistiche basate su fattori percettivi o esperienziali, vengono così elaborati indici di corruzione che si basano sulla differenza tra il prezzo effettivamente pagato dalle stazioni appaltanti e il prezzo standard di riferimento⁶, trascurando, però, il fatto che il divario potrebbe essere determinato non solo da ragioni legate alla corruttela ma anche da fattori di pura inefficienza e cattiva organizzazione della P.A.⁷ Tali indici, inoltre, prendono in esame esclusivamente il campo degli appalti pubblici, mentre trascurano completamente altri settori in cui la corruzione ben può innestarsi: si pensi ai concorsi pubblici, agli incarichi dirigenziali e di vertice nelle Amministrazioni e nelle aziende pubbliche, agli incarichi di consulenza ecc.

3. Al presente, l'impostazione di principio nella lotta alla corruzione si gioca prevalentemente sull'etica, mentre trascura l'analisi delle motivazioni che inducono a comportamenti moralmente riprovevoli o, peggio, penalmente illeciti.

Corruzione del Consiglio d'Europa (GRECO) lo conferma. L'Ocse ne ha fatto una battaglia di principio.

⁶ F. SBICCA e G. MARINO, *Efficienza dei contratti pubblici e sviluppo di indicatori di rischio corruttivo*, ANAC, Roma, 2018, in www.anticorruzione.it. Al tema è dedicata parte della *Relazione annuale 2018*, Anac, Roma, 2019, pp. 46 ss.

⁷ Tema, questo, antico e ampiamente investigato: si veda, ad esempio, già A. C. JEMOLO, L. PICCARDI, M.S. GIANNINI, S. BUSCEMA (a cura di), *Lo sperpero del pubblico denaro*, Milano, 1965.

In un'ottica economica, infatti, l'origine della corruzione sta nella dissociazione tra proprietà e gestione del denaro. L'economista Milton Friedman (1912-2006), professore all'università di Chicago e premio Nobel per l'economia nel 1976, influente consigliere economico di molti capi di Stato statunitensi e sud americani, spiega con nitore che "ci son 4 modi per spendere i soldi. Voi potete spendere i vostri soldi per voi stessi: quando lo fate, allora stare davvero attenti a cosa state facendo e cercherete di avere la massima resa per la vostra spesa. Oppure voi potete spendere i vostri soldi per qualcun altro: per esempio, io ho comprato un regalo di compleanno per una persona; ora, io non ho poi grande interesse per il contenuto del dono, ma sono stato molto attento al costo. Altra possibilità, io posso spendere i soldi di qualcun altro per me: e allora se posso spendere i soldi di qualcun altro per me state sicuri che ci scapperà una bella mangiata al ristorante! Infine, io posso spendere i soldi di qualcun altro per un'altra persona ancora; e se io starò a spendere i soldi di uno per un altro, non sarò preoccupato a quanti siano, né sarò preoccupato a come li spendo. E questo è quel che fa il governo. E questo ha circa il 40% del prodotto interno"⁸.

Recuperando l'acuta osservazione, può evidenziarsi come la corruzione o, in generale, lo sperpero di risorse pubbliche (che ne è la conseguenza), trae origine da un'assenza di motivazione soggettiva adeguata all'uso oculato delle risorse che, non appartenendo all'agente, questi si sente libero di utilizzare anche nei modi meno convenienti. In pratica, è l'atteggiamento opposto a quello del "buon padre di famiglia" che, in tanto, rappresenta un modello di azione alla stregua del quale valutare la bontà di scelte di altri agenti, pubblici o privati, in quanto è proprietario delle risorse che spende; ne deriva che si suppone, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, che egli le spenda al meglio in quanto proprie. Mentre l'interesse egoistico di questi (nel senso di tutela delle proprie risorse) lo spinge - presumibilmente - verso azioni equilibrate, oculate, costruttive (a prescindere da complicati piani anticorruzione), il perseguimento di finalità altruistiche (*id est*, pubblicistiche) si pone come la principale causa di distrazione delle risorse pubbliche rispetto alle finalità per cui esse vengono assegnate, proprio in ragione del fatto che quelle finalità vengono perseguite attraverso la gestione di risorse non-proprie: il problema della corruzione nasce da qui, prima ancora che da una distorta percezione dei valori morali. Tanto è vero che anche gli autori di delitti contro la P.A., a parità di codice morale, sono in grado di gestire molto meglio le risorse proprie rispetto a quelle altrui. Il che dimostra che il problema della corruzione non

⁸ M. FRIEDMAN, Intervista a *Fox News*, maggio 2004.

è tanto morale ma motivazionale. E su questo piano va affrontato e risolto⁹.

Assunzione di personale, conferimento di incarichi dirigenziali, gestione di appalti, utilizzo di denaro pubblico: l'origine di comportamenti scorretti sta sempre nella ritenuta libertà dell'agente pubblico di utilizzare risorse non proprie per conseguire risultati sì, illeciti, ma che non impattano negativamente sul proprio patrimonio, sulla propria sfera reputazionale o sulla produzione di risultati nel contesto lavorativo di riferimento (l'opposto, insomma, dell'agire del "buon padre di famiglia").

Secondo tale ricostruzione, l'origine di comportamenti pubblici distorsivi nasce dall'assenza di un interesse privato nella gestione delle risorse pubbliche, risorse che sarebbero certamente meglio spese se appartenessero al patrimonio di quello stesso agente che, per conseguenza, patirebbe anche le conseguenze negative delle proprie condotte antieconomiche; non appartenendo all'agente, questi si sente libero di poterle impiegare anche nel proprio personale ed esclusivo fine.

Se queste sono le motivazioni più profonde di comportamenti corruttivi, occorre chiedersi se la lotta al fenomeno possa fondarsi esclusivamente su categorie astratte quali legalità e moralità, valori, questi, certamente da approvare e promuovere che, purtroppo, non possono né presumersi nelle coscienze dei cittadini né inculcarsi con la forza. Contrariamente a quanto sostenuto dall'opinione dominante, si dubita che "una efficace prevenzione" della corruzione possa fondarsi - almeno solo - "sulla promozione della cultura della legalità nella società civile" finalizzata a "scardina[re] la cultura" che "sostiene" i fenomeni corruttivi, "eleva[ndo] il grado di avversione etica nei confronti della corruzione

Agire esclusivamente su "meccanismi organizzativi e procedurali", "sui controlli amministrativi e sulla trasparenza", "sulla deontologia e sulla formazione

del personale"¹⁰ - per quanto opportuno sia - non coglie, forse, un punto fondamentale: la motivazione dei fenomeni corruttivi¹¹ che - a giudizio di chi scrive - originano dalla dissociazione tra proprietà e gestione delle risorse impiegate nell'azione pubblica. Atteso che tale dissociazione è strutturale al funzionamento della P.A., probabilmente occorre coltivare maggiormente l'area di azione che fa leva sulla motivazione, suscitando, cioè, nell'agente l'interesse egoistico a comportarsi secondo legge¹². Occorre, in altri termini, rendere desiderabile l'utile e il lecito, anche quando l'agente non ne comprenda il valore etico; e indurre ad una valutazione (egoisticamente) sconsigliata, antieconomica, l'adozione di comportamenti moralmente e giuridicamente riprovevoli. Tale tesi non appare lontana dalla teoria del "nudge" (pungolo, incentivo, spinta gentile), elaborata da Thaler e Sustein nel 2008, negli Stati Uniti, finalizzata a indurre gli individui in una direzione che possa migliorare la loro condizione di vita, pungolandoli. L'alternativa consiste esclusivamente in una gigantesca opera di repressione e di tentativo di rieducazione sociale che è non solo utopistica (perché irrealizzabile e irrealizzata, nonostante convenzioni internazionali e autorità ad hoc) ma finanche pericolosa in quanto rischia, come oggi accade, di ricattare quotidianamente l'operato di funzionari e dirigenti pubblici, sempre esposti al rischio di denuncia e al sospetto di corruzione.

L'utopia si scontra, tra l'altro, con il basso tasso di eticità dei comportamenti sociali, pubblici e privati. Infatti, non appare più attuale (e purtroppo!) il profilo dell'esemplare servitore dello Stato, intransigente, oculato fino all'avarizia, nell'uso del denaro pubblico, tutto vocato alla causa dello Stato¹³. Se del comune

¹⁰ ANAC, *Relazione annuale 2018*, Roma, Camera dei deputati, 6 giugno 2019, pp. 2 e 3.

¹¹ Sul punto, si vedano, ad esempio, F. CAFAGGI, F. MARZO e G. SILLARI, *L'approccio comportamentale nelle pubbliche amministrazioni: il ruolo della ricerca e della formazione*, in AA.VV., *Formare la PA. Rapporto SNA 2017 - 2020*, SNA - Scuola Nazionale dell'Amministrazione, Roma, 2021; N. ZÚÑIGA, *Behavioural changes against corruption*, 2018, in *www.U4.no*; N. RANGONE, *A behavioural approach to administrative corruption prevention*, in A. CERRILLO, I. MARTÍNEZ and J. PONCE (eds.), *Preventing Corruption and Promoting Good Government and Public Integrity*, Bruylant, 2017.

¹² Si veda fin da ora A. RAND, *The virtue of selfishness. A new concept of egoism*, 1961, in Italia tradotto da N. IANNELLO con il titolo *La virtù dell'egoismo. Un nuovo concetto di egoismo*, II ed., Macerata, 2019.

¹³ Spiace, e molto, rilevarlo, ma appare oggi difficile individuare un profilo analogo a quello di Vito De Bellis, Ragioniere generale dello Stato durante il Fascismo: il coevo Ministro delle finanze, De' Stefani, così lo descrive: «Possedeva, nell'adempimento dei propri compiti, l'intransigenza di un domenicano. Egli era il mio più strenuo collaboratore: il suo viso, pallido e smunto, assomigliava a quello di un asceta; la bocca sottile rivelava le sofferenze dell'animo per essere odiato (sì, odiato) da tutti appunto per l'inflessibilità nel proteggere il danaro del popolo dai mille avvoltoi

⁹ Sotto altro profilo, invece, G. NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, pp. 203 ss.; *Idem.*, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, pp. 28 ss., riconduce l'origine della corruzione ad un calcolo economico che l'agente - nella teoria del rapporto di agenzia - svolge in ordine alla maggiore convenienza a realizzare il proprio interesse piuttosto che a realizzare l'interesse pubblico (coincidente con quello di cui è portatore il principale). La pur condivisibile osservazione non appare, tuttavia, di particolare aiuto, atteso il fatto che è proprio nella dissociazione tra condotta e interesse in funzione del quale si agisce che si annida la genesi-motivazionale del fenomeno corruttivo; e su tale motivazione - come si esporrà in prosieguo - si ritiene occorra agire cercando di rendere conveniente l'agire in funzione del principale. Ciò non toglie, ovviamente, che parallelamente si possa lavorare anche sul piano deontologico, ma sempre nella consapevolezza che i valori etici potrebbero non essere comprensibili ai più e che anche per costoro bisogna elaborare una efficace politica di prevenzione della corruzione, a meno di non voler accettare la fallimentare idea di imporre prescrizioni formali che, specie nel contesto italiano, appaiono facilmente eludibili anche in ragione dell'assenza di controlli efficaci.

senso morale non ci si può troppo fidare, oggi (ripetesi: purtroppo), occorre chiedersi se repressione, controlli (inefficaci) e induzione della “avversione etica nei confronti della corruzione” possano ritenersi sufficienti nella lotta alla corruzione. La risposta è negativa. Conviene elaborare proposte muovendo da presupposti ideali profondamente diversi.

4. Se si condividono le premesse di sopra, può forse svelarsi di maggiore utilità un approccio in grado di far apparire (egoisticamente) conveniente l'adozione di comportamenti giuridicamente leciti e moralmente condivisi.

A tanto si può giungere se si accetta - senza ipocriti pudori - l'idea teorizzata da J. Tucker per cui “il motore universale della natura umana - l'amor di sé - può essere indirizzato in modo tale [...] da promuovere, mediante quegli stessi sforzi che compie nel proprio interesse, l'interesse pubblico”. Certamente, il più noto esponente del pensiero liberale e liberista sostenitore della inintenzionale utilità sociale di azioni individualistiche è stato il filosofo ed economista Adam Smith: nel teorizzare la logica dello scambio, ne *La ricchezza delle nazioni* egli riconosceva con franchezza da pochi altri ammessa che “l'uomo ha un bisogno quasi costante dell'aiuto dei suoi simili, ed invano se l'aspetterebbe soltanto dalla loro benevolenza. Potrà più probabilmente se può indirizzare il loro egoismo a suo favore, e mostrare che per loro è vantaggioso fare ciò che egli richiede [...]. Non è dalla benevolenza del macellaio, del birraio o del fornaio che ci aspettiamo il nostro desinare, ma dalla considerazione del loro interesse personale. Non ci rivolgiamo alla loro umanità ma al loro egoismo”¹⁴.

La teoria dello spontaneismo cooperativo che fa leva sull'inintenzionale istinto di realizzare azioni utili per sé e non direttamente per il prossimo è comune anche a Bernard Mandeville che, nel 1705, prima ancora della nascita di Smith (1723) e della pubblicazione de *La ricchezza delle nazioni* (1776) nella nota opera *La favola delle api ovvero, vizi privati pubblici benefici*, descrive come nella società ideale (e reale) “i vizi dei privati contribuivano alla felicità pubblica [...] Le furberie dello stato conservavano la totalità, per quanto ogni cittadino se ne lamentasse. L'armonia in un concerto risulta da una combinazione di suoni

che sono direttamente opposti. Così i membri di quella società, seguendo delle strade assolutamente contrarie, si aiutavano quasi loro malgrado»¹⁵.

L'egoismo salvifico, quello strumentale al raggiungimento di fini di utilità generale, “non equivale a una licenza a fare ciò che piace, né all'immagine che gli altruisti hanno di un bruto egoista, né è applicabile a un uomo motivato da emozioni, sentimenti, pulsioni, desideri o capricci irrazionali”, scrive Ayn Rand¹⁶; al contrario, “l'auto-interesse dell'uomo [...] dev'essere scoperto e raggiunto grazie alla guida di principi razionali”¹⁷. In questa logica, la giustizia si realizza non avendo di mira, direttamente, il bene altrui, ma lo scambio di utilità (che si ritiene valido per realizzare, indirettamente, azioni utili e benefiche); in questo senso il principio dello scambio diventa “il solo principio etico razionale per tutte le relazioni umane, personali e sociali, private e pubbliche, spirituali e materiali. È il principio di giustizia”¹⁸.

Per avere un'idea dei benefici di una diversa politica pubblica incentrata sull'equilibrio complessivo generato da (leciti) scambi interpersonali piuttosto che su azioni eticamente rivoluzionarie e, quindi, sullo stimolo dell'interesse privato piuttosto che (esclusivamente) sul tentativo di rieducazione morale del cittadino, si può pensare alla normativa sull'incentivo all'uso del bancomat nelle transazioni commerciali (c.d. cashback): l'evasione fiscale potrebbe essere efficacemente combattuta proprio consentendo al cittadino un guadagno concreto dall'uso di strumenti di pagamento tracciabili che, indirettamente, contrastino l'evasione fiscale. Si pone in questa felice linea, opposta alle politiche anti-evasione fiscale fino ad ora seguite, il d.m. 24 novembre 2020, n. 156 recante “Condizioni e criteri per l'attribuzione delle misure premiali per l'utilizzo degli strumenti di pagamento elettronici”, che attua l'articolo 1, comma 288, della legge 27 dicembre 2019, n. 160, che ha previsto il riconoscimento del diritto a un rimborso in denaro per le persone fisiche maggiorenni residenti nel territorio dello Stato, che fuori dall'esercizio di attività d'impresa, arte o professione, effettuano abitualmente acquisti con strumenti di pagamento elettronici da soggetti che svolgono attività di vendita di beni e di prestazione di servizi. Il perseguimento dell'interesse egoistico all'ottenimento di una percentuale della somma di denaro spesa attraverso l'uso di strumenti di pagamento elettronici

che gli stanno intorno e da roditori e parassiti» (cfr. G. MELIS, *La lunga storia dei controlli: i conti separati dall'Amministrazione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2/2014, pp. 397 ss.). A parte la singolarità del personaggio, certamente esso si poneva in maggiore continuità con quella tramontata epoca piuttosto che con quella contemporanea.

¹⁴ A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni* (1776), a cura di Anna e Tullio Biagiotti, Novara, 2013, pp. 30-31.

¹⁵ B. MANDEVILLE, *La favola delle api ovvero, vizi privati pubblici benefici con un saggio sulla carità e le scuole di carità e un'indagine sulla natura della società* (1705), IV ed., a cura di T. MAGRI, trad. M. E. SCRIBANO, Bari-Roma, 2011.

¹⁶ A. RAND, *La virtù*, cit., p. 16.

¹⁷ *Ivi*, p. 17.

¹⁸ *Ivi*, p. 49.

(logica egoistica dello scambio) assorbe qualsiasi complesso discorso giuridico e morale sulla necessità “di concorrere alle spese pubbliche in ragione della capacità contributiva” (art. 53 Cost.). E risultati ancora superiori si potrebbero forse raggiungere se si rendesse fiscalmente deducibile o detraibile qualsiasi spesa, anche a prescindere dal mezzo di pagamento utilizzato: in tal caso, anche il più incallito evasore potrebbe trovare più conveniente (non più giusto) dichiarare le proprie entrate piuttosto che evadere. Alla teoria del bene comune si sostituisce la teoria dello scambio razionale. L'immoralità può essere strumentalizzata per raggiungere finalità di interesse pubblico¹⁹.

5. Il tema delle politiche e del diritto dell'anticorruzione non può essere affrontato se non si esamina un altro connesso profilo: i rapporti tra legalità, buon andamento e imparzialità.

È noto che mentre il buon andamento può definirsi come «ordinazione dell'amministrazione al suo fine primario, cioè all'interesse pubblico specifico e si pone perciò come il canone regolativo primario della funzione»²⁰, l'imparzialità «riguarda il rispetto degli interessi secondari e si atteggia più come limite che come criterio positivo. Esso, infatti, costituisce argine primario a quelle forme di politicità indotta della funzione amministrativa»²¹.

La chiarificazione dei due concetti aiuta a comprendere quale sia il fine e quale il mezzo delle politiche pubbliche e, dunque, a non confondere il fine che il Costituente assegna al legislatore e all'amministrazione rispetto al limite da non oltrepassare: il fine è senz'altro quello di realizzare - con metodo aziendale - gli interessi pubblici di volta in volta previsti dal legislatore; se questo è il fine, l'argine da non oltrepassare è il rispetto della legge, da intendersi, ovviamente, in senso lato, e che impone (anche) di agire in maniera imparziale. Fine dell'ordinamento e di ogni amministrazione è, dunque, non già essere o apparire imparziale, ma realizzare i singoli interessi pubblici primari con il metodo aziendale (che significa “buon andamento”, *id est* economicità, efficacia, efficienza; “equilibrio dei bilanci” e “sostenibilità del debito pubblico”: art. 97, commi 1 e 2, Cost.), pur se nella ovvia cornice di legalità e nel rispetto degli

interessi secondari. L'imparzialità si pone come un argine, un modo di realizzare le finalità pubbliche, non come il fine in sé. Se, al contrario, il rispetto della legalità diventa il fine primario dell'azione amministrativa, questa finisce con il tradire gli obblighi costituzionali di realizzazione dei fini primari e diventa vuoto adempimento normativo, fuga dalle responsabilità; e comincia a materializzarsi la cieca, inutile e odiosa burocrazia.

6. Si afferma solitamente che la burocrazia sia causa di inefficienza e di perdite economiche per il sistema economico nazionale. Diverse sono anche le statistiche che vengono diffuse in ordine al rapporto tra livelli di corruzione e depotenziamento del Pil.

Al riguardo occorre chiarire.

Vi è certamente una inefficienza-conseguenza della corruzione: la corruzione, sebbene debba essere concettualmente tenuta distinta dall'inefficienza, è quasi sempre l'antecedente logico di questa. È vero che può esservi inefficienza senza corruzione, ma uno degli effetti negativi dei fenomeni corruttivi è senz'altro rappresentato dall'uso distorto di risorse pubbliche, dal mancato o ritardato raggiungimento dei risultati, dal dispendio di risorse necessarie a raggiungere quegli stessi risultati.

Come è stato rilevato, “la corruzione è un fenomeno nascosto, che tende a rimanere segreto tra le parti del patto corruttivo, ed è difficilmente misurabile. Essa potrebbe nascondersi dietro i dati di inefficienza (poiché le inefficienze possono essere conseguenti a eventuale corruzione, dato che è ragionevole pensare che la corruzione generi inefficienza) ma, tuttavia, di ciò non può aversi certezza”²² se non quando ciò venga accertato in via giudiziaria.

Vi è, tuttavia, anche una inefficienza degli uffici pubblici che è dovuta non alla corruzione ma al complesso sistema normativo e amministrativo costruito per combatterla; vi è, in pratica, una quota di inefficienza pubblica da addebitare proprio all'anticorruzione. La ricerca della legalità come fine (e non come argine) produce odiosa burocrazia di cui farebbero a meno anzitutto gli stessi burocrati, anche in considerazione degli scarsi risultati in termini di prevenzione della corruzione. A fronte di notevoli appesantimenti per l'attività

¹⁹ Sempre in questa logica, non pare così lontana dal vero l'affermazione per cui “non è l'immoralità degli uomini a essere responsabile del collasso che ora minaccia di distruggere il mondo civilizzato, ma il genere di moralità che è stato chiesto agli uomini di praticare” (A. RAND, *Le virtù*, cit., p. 55).

²⁰ A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, III ed., p. 204.

²¹ *Ibidem*.

²² G. FIDONE, *Il contrasto della corruzione in Italia: l'obiettivo dell'integrità nel sistema valoriale di riferimento*, in *DPCE online*, 2019, n. 1, pp. 359 ss., p. 361, il quale, citando R. CANTONE, G. DE FEO, *Il male italiano. Liberarsi della corruzione per cambiare il Paese*, Milano, 2016, rileva come a seguito dell'inchiesta giudiziaria del Pool Mani Pulite, si sia verificato un drastico abbattimento dei costi per la realizzazione di opere pubbliche.

amministrativa onerata²³ di redigere piani di prevenzione della corruzione quasi sempre fotocopiati e con minimi margini di reale riflessione critica²⁴, forieri, tra l'altro, di obblighi di comunicazione di dati spesso superflui se non addirittura inutilizzabili²⁵, i benefici "in termini di imparzialità e di trasparenza" sono "molto limitati"²⁶. La logica dell'adempimento, la rincorsa all'ultima istruzione Anac a mezzo di Linee guida²⁷ o Faq, l'esigenza di dimostrare a terzi controllori

²³ Si parla in questi casi di "oneri amministrativi" su cui L. DI DONATO, *Gli oneri amministrativi derivanti alle PA dall'attuazione della normativa anticorruzione*, in M. NUNZIATA (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, Bari, 2017, pp. 167 ss.

²⁴ M. CLARICH, *Corruzione: il rischio dei cali di tensione*, in *Guida al Diritto*, 8 gennaio 2015, il quale segnala, altresì, una resistenza alla redazione dei piani triennali anticorruzione di più della metà di comuni, regioni e Asl; solo apparentemente più virtuosi le amministrazioni centrali (78%), poiché, nel complesso, anche i soggetti adempienti (su 12.172 pubbliche amministrazioni obbligate solo 5.373 lo avevano redatto alla fine del 2014), quasi sempre i piani anticorruzione sono redatti mediante banale operazione di "copia e incolla" del piano nazionale.

²⁵ G. FIDONE, *Il contrasto*, cit., p. 389.

²⁶ *Idem.*, p. 390.

²⁷ Sul tema della natura giuridica delle Linee guida dell'ANAC, si vedano N. PARISI, *Il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione. Una prospettiva sistematica in disaccordo con la "vulgata opinio"*, in *DPCE online*, 4/2020, pp. 4631 ss.; D. CAPOTORTO, *I "super poteri" dell'ANAC: contraddizioni e paradossi delle misure di prevenzione anticorruzione sulle imprese "sospette"*, in *Nuove Autonomie*, 2/2019, pp. 323 ss.; G. LOMBARDO, A. I. SAVINI, A. FEZZA, *Le misure di "self cleaning" tra codice dei contratti pubblici, le linee guida ANAC e modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2019, n. 1, pp. 247 ss.; E. OLIVITO, *In bilico tra "gubernaculum" e "iurisdictio". Osservazioni costituzionalmente orientate sull'Autorità Nazionale Anticorruzione e sui suoi poteri regolatori*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, fasc. 3, pt. 1, pp. 29 ss.; P. MANTINI, *Autorità nazionale anticorruzione e "soft law" nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, in *GiustAmm.it*, 2017, n. 2, pp. 1 ss.; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, n. 3, pp. 743 ss.; G. PALMA, *I contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture dalla tradizionale cultura contabilistica (-finanziaria) all'attuale disciplina del Codice sugli appalti alla luce della normazione costituzionale sull'attività economica (art. 41, 3 Cost.) e la corrispondente competenza funzionale della Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 9, pp. 1 ss.; M. RAMAJOLI, *Pretesa precettiva e flessibilità delle linee guida Anac*, in F. LIGUORI E S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, 2017, pp. 1 ss.; M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, n. 4, pp. 436 ss.; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Diritto Amm.*, 2016, n. 3, pp. 273 ss.; E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, n. 6, pp. 757 ss.; I. A. NICOTRA, *Papel y funciones de la autoridad nacional de anticorrupción italiana en materia de transparencia y prevención de fenómenos de corrupción (Relazione al XII Congresso Iberoamericano di diritto costituzionale, "El diseño institucional democrático", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 16-18 settembre 2015)*, in *Rivista AIC*, 4/2015, n. 4 pp. 1 ss. In particolare, G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., pp. 273 ss., conclude il suo saggio nel senso che "le linee guida sono comandi, sia - come è evidente - quando assumono veste di regolamento, ma sia anche quando sono vestite da consigli. Senonché anche i comandi vestiti da consigli vanno pur sempre interpretati: di qui l'esigenza primaria che siano chiari e puntuali, e inoltre che non

l'equidistanza dagli interessi in gioco, qualunque sia il costo in termini di rallentamento dell'attività amministrativa, prendono il sopravvento rispetto all'esigenza di raggiungere il risultato prefissato con il minimo dispendio di risorse amministrative e di tempo; il limite (legalità sub specie di imparzialità, per vera o presunta che sia) si sostituisce al fine; si punta alla legalità a discapito, però, della speditezza dell'azione amministrativa e dei suoi concreti risultati, anche in termini di effettiva prevenzione del fenomeno corruttivo.

Per questo non può che condividersi l'opinione di chi evidenzia "l'insufficienza di un sistema di contrasto fondato sulla sola repressione della corruzione"²⁸. Anche le relazioni dell'Anac e della Corte dei conti confermano che le amministrazioni e le società pubbliche applicano il diritto dell'anticorruzione in maniera solo formale, come fastidiosi adempimenti burocratici, complessi e privi di concreta utilità: si pensi ai piani anticorruzione-fotocopia tra enti omologhi (comuni, province), alle misure anticorruzione previste ma non attuate effettivamente, alla superficiale e approssimativa valutazione del rischio corruzione, al sostanziale inadempimento delle misure di semplificazione organizzativa e delle regole di trasparenza, ai controlli inefficaci sul piano della trasparenza, all'assenza di coordinamento tra il piano anticorruzione e quello della performance, all'assenza di monitoraggio della efficacia delle misure anticorruzione.

Ad amministratori e studiosi è noto che si è creato un vero e proprio diritto dell'anticorruzione, sollecitato da una parte della classe politica, ideato da magistrati e seguito da una parte dell'Accademia, che rilascia patenti di onestà quasi sempre a scapito dei risultati concreti dell'Amministrazione.

A parte l'elaborazione delle norme di rango primario, la redazione di questo vero e proprio diritto speciale è opera dell'ANAC, prevalentemente attraverso norme di "soft law", cioè di principi, inviti, raccomandazioni che, anche quando non formalmente vincolanti, sempre comprimono rilevanti spazi di discrezionalità dell'amministrazione, al di fuori dei circuiti di dialettica istituzionale tipici dei regolamenti²⁹, e diventano fonte di responsabilità amministrativa e causa di annullabilità degli atti posti in essere (per eccesso di potere)³⁰. Nell'esercizio delle

siano troppo articolati, perché l'eccesso di regolazione (per di più in combinato con l'eccesso di normazione) reca con sé sovrapposizioni, antinomie e oscurità, talché si avrebbe proprio l'effetto contrario a quello divisato, che è quello di contribuire alla stabilità e alla certezza".

²⁸ G. FIDONE, *Il contrasto*, cit., p. 387.

²⁹ In tal senso, M. CLARICH, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 2016, n. 3, pp. 737 ss., soprattutto p. 751 e p. 752, il quale parla di "regolamentazione (...) analitica, fatta in via sub-legislativa, ma senza le garanzie del procedimento di formazione".

³⁰ Su questi problemi, si rinvia a M. RAMAJOLI, *Pretesa precettiva*, cit., pp. 79 ss.

proprie attribuzioni, l'ANAC si spinge anche a fornire interpretazioni della normativa (contrattualistica, ma non solo) “con esiti non sempre chiarificatori”³¹.

L'attuazione della complessa impalcatura pretesa dal Tribunale dell'onestà impersonificato dall'ANAC richiede competenze, tempi, autonomi procedimenti e, soprattutto, risorse umane che la stessa normativa sull'anticorruzione, nell'imporre i nuovi oneri, espressamente ha disconosciuto. Sicché il lavoro complessivo di tutte le Amministrazioni, senza distinzioni tipologiche, è incrementato, ad invarianza di risorse e di competenze tradizionali; mentre aumentano gli esperti esterni che sviluppano questa specifica *expertise* (c.d. *risk management*) cercando di inculcarla nella *mens* degli impiegati, antepoendo il vessillo della Legalità.

Viene così a configurarsi - per induzione esogena - un'amministrazione che, per timore di non apparire imparziale, rinuncia ad effettuare scelte efficaci (che talvolta richiedono sfida, audacia, non convenzionalità), accontentandosi di adottare quelle interpretabili come “corrette” non solo sul piano della legittimità tradizionale ma anche dei nuovi valori di etica pubblica. E così si fa strada l'inerzia come scelta dirigenziale di saggezza in luogo dell'attivismo foriero di sospetti e di condannabili errori; di tal guisa, lentamente, si rinuncia volentieri a valutare le migliori risposte amministrative pur di difendere, comprensibilmente, la propria incolumità giudiziaria³².

Se questo è l'ambiente in cui è costretta a muoversi l'Amministrazione, obbligata a dimostrare di essere imparziale anche a scapito del buon andamento, si può affermare che anche il migliore manager privato sarebbe costretto a ingrigirsi e immediocrirsi se avesse la ventura di transitare nell'Amministrazione

pubblica italiana, dovendo sterilizzare la propria intelligenza creativa e preferire a questa l'adempimento degli obblighi di trasparenza e di prevenzione della corruzione³³. In questa perversione dei valori costituzionali (confondere la legalità-limite con la legalità-fine cui subordinare il buon andamento), il funzionario o dirigente migliore non è colui che propone le migliori soluzioni ma quello che meglio si distraica nel groviglio di norme e linee guida³⁴.

La raggiunta contrapposizione tra speditezza e ossequio alla legalità (formale) è cristallizzata in materia di contratti pubblici (per quanto il diritto dell'anticorruzione abbia un ambito potenzialmente infinito, che sopravanza i contatti pubblici): le regole vigenti rendono impossibile svolgere una gara d'appalto in tempi rapidi, almeno in Italia; raggiungere questo risultato di speditezza, oggi, con le regole vigenti, può significare spesso violare le norme, non rispettarle. Tanto è vero che ogni qualvolta si intende imprimere speditezza alle procedure di affidamento contrattuale, l'idea è quella della normativa in deroga al Codice dei contratti pubblici: dalle deroghe normative in ordine a determinati ambiti (si veda d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 recante “Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale (Decreto Semplificazioni)”³⁵, si sta facendo strada, più di recente, finanche l'idea di sospendere l'applicazione dell'intero Codice dei contratti pubblici per poter gestire più efficacemente i fondi europei provenienti dal piano *Next generation EU*.³⁶

7. A fronte di tale paralizzante complicazione del sistema normativo ed amministrativo, appaiono incerti e di difficile misurazione gli effetti in termini

³¹ M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, n. 2019, n. 1, pp. 61 ss.; di recente, in senso critico verso il ruolo dei controllori pubblici (Corte dei conti ed Anac), si veda, condivisibilmente, S. CASSESE, *L'inerzia che paralizza il Paese*, in *Corriere della sera*, 31 marzo 2021. È noto, infatti, che la corresponsabilità del sistema amministrativo italiano è in larga parte attribuibile anche alla vetusta concezione dei controlli pubblici, incentrati - in ossequio ad una concezione legalistico-formale dell'attività amministrativa - alla verifica della sola legittimità dei singoli atti, e degli atti di spesa in particolare, essendo decisamente meno influenti ed efficaci i controlli sulla gestione; per non dire dei controlli sul non-fare. Su tali punti, richiamati da CASSESE nell'editoriale citato, si veda approfonditamente G. CAIANIELLO, *Controllo e responsabilità (il controllo del “non fare”: stereotipi e gattopardi alla Corte dei conti)*, in *Politica e mezzogiorno*, 1996, pp. 403 ss. nonché, successivamente, se si vuole, A. L. TARASCO, *Corte dei conti ed effetti dei controlli amministrativi*, Padova, 2012.

³² Si tenga presente, tra l'altro, che i controlli e le ispezioni dell'ANAC vengono normalmente eseguiti dalla Guardia di finanza, in forza di una convenzione del 30 settembre 2015, con tutto quel che ne può derivare in termini di conseguente raccolta di materiale probatorio per le Procure della Repubblica.

³³ “L'effetto ultimo di questo sistema è la riduzione degli spazi di discrezionalità e di aderenza delle scelte delle amministrazioni al contesto concreto in cui operano. In questa maniera si sottrae alle pubbliche amministrazioni la capacità di intervenire in modo adeguato ai bisogni nelle diverse situazioni, nel timore che la diversificazione porti a scandali o corruzione”: così M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione*, op. cit., p. 71.

³⁴ “Il sistema di lotta alla corruzione, così come attualmente concepito, inverte la scala delle priorità e l'agenda delle amministrazioni mettendo sempre e in ogni caso in primo piano gli obblighi anticorruzione e i relativi adempimenti”: M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione*, cit., p. 73.

³⁵ Su cui si vedano i commenti pubblicati in *Giorn. Dir. Amm.*, 6/2020, pp. 727 ss. curati da M. MACCHIA (pp. 727 ss.), D. GALLI (pp. 737 ss.), C. MEOLI e L. SALTARI (pp. 746 ss.), P. URBANI (pp. 751 ss.), A. BANFI (pp. 757 ss.), L. TORCHIA (pp. 763 ss.), P. CLARIZIA (pp. 768 ss.), G. URBANO (pp. 781 ss.), F. DE LEONARDIS (pp. 787 ss.).

³⁶ La proposta è dell'Autorità di garanzia della concorrenza e del mercato ed è contenuta a p. 28 della *Segnalazione* del 31 marzo 2021 (consultabile in www.agcm.it) resa ai sensi degli articoli 21 e 22, legge 10 ottobre 1990, n. 287, in ordine alle proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2021.

di reale efficacia della prevenzione della corruzione: minori denunce o minori condanne? Incremento del Pil o riduzione dei costi di funzionamento della P.A.? Maggiori investitori stranieri o incremento del numero di imprese italiane in un dato periodo? Tra l'altro, in considerazione del fatto che la fattispecie applicativa della normativa anticorruzione è amplissima, e va ben al di là dello stretto ambito dei contratti pubblici (per quanto sia questo il settore cui l'Anac dedica le proprie maggiori energie in quanto privilegiato crocevia degli interessi illeciti), per abbracciare anche concorsi a pubblici impieghi, conferimento di incarichi pubblici e dirigenziali, attività giudiziaria, si comprende bene come sia praticamente impossibile misurare gli effetti delle misure adottate per combattere la corruzione in tutti i diversi ambiti della P.A.

Essendo impossibile tanto controllare tutto quanto misurare gli effetti di tale utopistico controllo, occorre decisamente capovolgere l'impostazione tradizionale: occorre agire più sul piano degli interessi individuali (emotivamente percepibili in modo immediato) che su quello dell'etica pubblica (che costituisce un'astrazione intellettuale non coglibile dalla maggioranza), stimolando gli interessi dei singoli per orientarli verso azioni di pubbliche virtù in modo non dissimile da quanto proposto dalla teoria del "*nudge*" (spinta gentile). In tema di evasione fiscale, ad esempio, la normativa sulle detrazioni fiscali in ambito edilizio è emblematica di come si sia riuscito a far emergere sacche di evasione fiscale non già agendo sull'educazione civica del contribuente ma sulla sua motivazione egoistica, rendendo conveniente (interesse individuale) dichiarare le spese sostenute (interesse pubblico).

In tema di politica di prevenzione della corruzione ciò significa non più concentrarsi sull'osservanza dei singoli atti (controlli preventivi, comunicazioni, pubblicazioni di dati etc.), ma sulla fissazione di obiettivi di più ampia portata, capaci di strumentalizzare le energie dei singoli (amministratori pubblici o imprenditori privati) per realizzare risultati di pubblico interesse. Ciò significa superare la logica dell'ossequio ai singoli adempimenti previsti dalla normativa anticorruzione (legge n. 190/2012; d. lgs. n. 33 e 39 del 2013) per abbracciare più decisamente quella della responsabilizzazione verso i risultati³⁷.

Ne deriva, almeno in una prima fase intermedia, un "capovolgimento del rapporto tra efficienza e corruzione, diverso da quello fondato sulla prevenzione

della corruzione senza una valutazione del costo in termini di efficienza"³⁸. Tale auspicato capovolgimento si basa sul convincimento - anche in chi scrive - che se è vero che "la corruzione è fenomeno da condannare, perseguire e punire", non bisogna dimenticare che "l'obiettivo principale è ridurre gli incentivi alla corruzione e non invece mettere il sistema sotto controllo. La ricerca dell'integrità assoluta è deleteria per l'organizzazione e per l'azione delle pubbliche amministrazioni"³⁹.

Infatti, "il miglioramento dell'efficienza (ovvero la diminuzione dei costi, l'accorciamento dei tempi, il miglioramento della qualità e, in definitiva il conseguimento della performance) può ridurre gli spazi di attuazione dei patti corruttivi. L'efficienza dell'attività amministrativa appare il sistema più idoneo a creare all'interno dell'amministrazione gli anticorpi per evitare che possa generarsi la malattia della corruzione"⁴⁰. Infatti, "se si conseguisse la piena efficienza si azzererebbe lo spazio per la corruzione o, più correttamente, potrebbe permanere uno spazio solo per forme di corruzione neutrali all'efficienza che, peraltro, non sarebbero di ostacolo al raggiungimento dell'interesse pubblico legato alla realizzazione di risultati con una spesa contenuta. Tali forme di corruzione rimarrebbero, ovviamente, indesiderabili sul piano etico e della moralità pubblica"⁴¹.

Ma l'efficienza - deve aggiungersi - non rappresenta un obiettivo in sé ma semplicemente il sub-risultato di un macro-obiettivo: la realizzazione del risultato finale, ossia il compimento dell'attività finale voluta dal legislatore. Ritorna, perciò, il tema del rapporto tra i due termini della relazione costituzionale tra "buon andamento e imparzialità" e, più in generale, buon andamento e legalità. Se il fine primario è il buon andamento e l'argine invalicabile l'imparzialità, ne deriva che - nel tema in discorso - "se l'obiettivo primario della regolazione deve rimanere quello dell'efficienza dell'attività amministrativa, gli altri valori quali la trasparenza e la stessa integrità devono considerarsi ad essa strumentali".

³⁸ G. FIDONE, *Il contrasto*, cit., p. 390.

³⁹ M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione*, cit., p. 74.

⁴⁰ G. FIDONE, *Il contrasto*, cit., p. 390 nonché, in precedenza, nella stessa chiave, G. FIDONE, *Lotta alla corruzione e perseguimento dell'efficienza*, in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, 3/2016, p. 753 ss.; *Idem.*, *The conflict against corruption and the pursuit of efficiency in public negotiation in Italy*, in *US - China Law Review*, vol. XIV, 2017, n. 1.

⁴¹ G. FIDONE, *Il contrasto*, cit., p. 390. L'inversione dei termini della relazione ridonda a vantaggio anche della misurazione dei risultati: mentre gli effetti delle politiche preventive dei fenomeni di corruzione sono strutturalmente difficilmente misurabili atteso che la corruzione è un fenomeno *nascosto*, ben diversi sono gli effetti delle politiche che incidano positivamente sull'efficienza che, al contrario, sono (più) facilmente verificabili (*Ibidem*).

³⁷ È quanto già è stato proposto, da chi scrive, in tema di valutazione della *performance* di dipendenti pubblici: sia consentito rinviare a A.L. TARASCO, *Interesse privato e interesse pubblico nel nuovo sistema di controllo della performance*, in G. LEONE (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 2019, III vol., pp. 1683 ss.

In altri termini, “la trasparenza delle procedure non deve essere fine a se stessa (con l’effetto di creare inutili appesantimenti burocratici), ma deve inserirsi in una risistemazione degli strumenti di controllo (per i quali sono necessarie solo le informazioni essenziali e non quelle inutili) ed essere finalizzata a renderli più efficaci. Devono essere accolte positivamente le misure di semplificazione, quando funzionali al raggiungimento di risultati”⁴². I termini del discorso evocano la più ampia problematica dei controlli sull’attività piuttosto che sull’atto, sulla gestione piuttosto che di legittimità⁴³ e, dunque, di un sistema di premi e disincentivi ricavabili dallo stesso circuito dell’attività amministrativa piuttosto che minacce di sanzioni, qualunque sia la natura di queste (amministrativa, pecuniaria o penale).

Non è forse un caso che laddove la gestione delle risorse pubbliche venga avvertita, virtuosamente, come propria, l’istinto alla ruberia e alla violazione procedimentale scema e le energie degli addetti vengono tutte orientate verso l’ottimizzazione dei risultati: si pensi, banalmente, all’organizzazione familiare, che per ben funzionare necessita solo di motivazione e non di complicati piani di prevenzione della corruzione; in tale contesto, anche la divisione delle competenze intra-organizzative perde di centralità atteso che ciascun componente si avverte come responsabile del successo (o dell’insuccesso) degli obiettivi familiari. Se l’origine della corruttibilità del sistema pubblico sta, come anticipato, nella dissociazione tra proprietà e gestione delle risorse (Friedman), il rischio della corruzione si allontana facendo lentamente coincidere gli obiettivi del proprietario con gli obiettivi del gestore delle risorse di questi: e questo può accadere non con il complicato, defatigante e inefficiente sistema anticorruptivo congegnato da sociologi e magistrati quanto, forse, con un sistema di premi e incentivi: occorre, cioè, rendere desiderabile e conveniente perseguire la legalità. E perché ciò accada, occorre premiare i virtuosi e disincentivare (prima ancora che punire) coloro che per istinto non sono portati al bene collettivo;

⁴² G. FIDONE, *Il contrasto*, op. ult. cit., p. 391.

⁴³ Sul tema, si rinvia, per tutti, agli atti dei diversi convegni di studi organizzati dal *Laboratorio per i controlli sulle gestioni di fondi pubblici* (COGEST) presieduto da G. CAIANIELLO, pubblicati in *Il Fisco*, 1998 (*I costi della inefficienza*); in *Riv. Trim. Sc. Amm.*, 2000, n. 2; 1998, nn. 3-4 (*Il controllo interno nelle amministrazioni pubbliche: esperienze e prospettive*); 2/1996 (*Gli indicatori di efficacia e di efficienza dell’attività amministrativa*) cui adde, sempre di G. CAIANIELLO, *Corte dei conti e Parlamento, l’ausilio negato (con qualche riflessione sulla veridica natura e funzione del controllo esterno)*, in *Riv. trim. Sc. Amm.*, 1995, n. 2 pp. 5 ss.; *Controllo e responsabilità (Il controllo del “non fare”: stereotipi e gattopardi alla Corte dei conti)*, in *Politica e mezzogiorno*, 1996, pp. 403 ss. Più di recente, se si vuole, sul tema dei controlli sull’attività (tanto della Corte dei conti che degli organi dell’Amministrazione attiva), e le sue concrete risultanze, A. L. TARASCO, *Corte dei conti*, cit., *passim*.

l’assimilazione dei valori etici sottostanti ad azioni utili potrà avvenire anche in un secondo momento.

Si può comprendere tale percorso argomentativo anche a partire da un caso di suo apparente fallimento: il fenomeno della corruzione (lato sensu) negli enti privati derivanti dalla privatizzazione (formale) degli enti pubblici, in ordine, ad esempio, alle scelte assunzionali frutto di lottizzazione⁴⁴. Tale casistica non costituisce un’eccezione alla tesi qui esposta ma una sua piena conferma. In generale, bisogna rilevare che gli enti regolatori sono preda della cattura del regolatore da parte delle associazioni lobbistiche, secondo quanto noto già grazie alla letteratura economica americana degli anni Cinquanta⁴⁵, inclusa la prestigiosa e liberale Scuola di Chicago⁴⁶. In secondo luogo, il cuore del problema sta tutto nella privatizzazione fredda, cioè solo formale (per forma giuridica ma non per proprietà pubblica). In altri termini, il nodo critico non sta nella privatizzazione ma nella finta privatizzazione, ossia nella privatizzazione della disciplina non associata alla privatizzazione della proprietà e alla completa scissione di ogni legame con l’ente pubblico originario. Questo vale sia negli enti pubblici trasformati in enti soggetti a disciplina privata, che in enti che permangono pubblici ma in cui la disciplina di taluni profili (come il rapporto di impiego) viene assoggettata al diritto privato. In entrambi i casi, permane integralmente la genesi del fenomeno corruttivo che risiede, come chiarito innanzi, nella dissociazione tra proprietà e gestione. Tale argomento può spiegare, tra l’altro, perché la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego non ha innestato né efficienza né moralità pubblica: chi gestisce le risorse (umane e finanziarie) non ne è anche il proprietario, e questo lo rende libero di non impiegarle al meglio, non patendo direttamente le conseguenze di scelte errate⁴⁷. Ciò è ampiamente dimostrato dalle prassi in tema di conferimento di incarichi dirigenziali che rispondono, sovente, a logiche personalistiche e non di strumentalità/idoneità rispetto al raggiungimento di risultati finali.

7.1. Per quanto la contrattualistica pubblica non sia la sola area oggetto degli interventi normativi e amministrativi in materia di politiche di prevenzione

⁴⁴ In tal senso, G. F. FERRARI, *Corruzione e anticorruzione: lineamenti generali e luoghi comuni*, in *DPCE online*, 2019, n. 1, pp. 164 ss.

⁴⁵ M. BERNETIN, *Regulating Business by Independent Commission*, New York, 1955.

⁴⁶ G. J. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2, 1971, n. 1, pp. 3 ss.

⁴⁷ In questa logica va inquadrato il problema della valutazione della *performance* di dirigenti e funzionari: A.L. TARASCO, *Interesse privato e interesse pubblico*, cit., pp. 1683 ss.

della corruzione, essa è certamente il campo di elezione e, in quanto tale, utile a costituire uno dei terreni di analisi. Ebbene, proprio nella contrattualistica pubblica si può avere un'idea della sottovalutazione del concetto di obiettivo, di efficacia e qualità del risultato: basti pensare alla sproporzione tra l'attenzione dedicata nella normativa e negli atti di c.d. *soft law* in ordine alla fase della scelta del contraente e quella di controllo sull'esecuzione del contratto; sproporzione che è possibile riscontrare finanche nelle trattazioni dottrinali⁴⁸. Tutta la politica di prevenzione della corruzione si incentra sulla scelta del contraente: poco o nulla sul momento dell'esecuzione del contratto.

Se è vero che si riconosce pacificamente che, almeno nell'ambito della contrattualistica pubblica, "la fase più critica e maggiormente permeabile ai fenomeni corruttivi è risultata essere la fase di esecuzione del contratto", nel contempo si registra "il disinteresse e una sottovalutazione della fase di gestione del contratto"⁴⁹ affidata unicamente al solitario R.U.P. e non alla commissione aggiudicatrice che, quindi, viene deresponsabilizzata completamente rispetto alla scelta a suo tempo effettuata. A fronte della debolezza dell'organo chiamato a verificare l'eventuale deriva patologica dell'esecuzione del contratto, poco possono fare le scarse disposizioni del Codice dei contratti (essenzialmente, l'articolo 105 dedicato al subappalto e l'art. 106, dedicato alla disciplina delle modifiche contrattuali in corso d'opera).

Chi sceglie il contraente è responsabile unicamente della correttezza formale della scelta effettuata e non della buona esecuzione dell'appalto; e chi vigila a tanto è organo monocratico (non collegiale), non estraneo alla struttura amministrativa ed economicamente disincentivato a verificare tempi, modi e risultati degli impegni contrattuali dell'appaltatore.

La pur complessa disciplina apprestata nel Codice dei contratti pubblici fa leva in entrambi i casi sulla sola eticità della condotta degli organi (collegiali o monocratici che siano). Non reca alcun motivo di incentivo personale neanche la disciplina sanzionatoria collegata alla fase della scelta del contraente: l'art. 213, comma 13, d. lgs. n. 50/2016, ad esempio, conferisce all'Anac il potere di

irrogare sanzioni amministrative pecuniarie "nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000. Nei confronti dei soggetti che a fronte della richiesta di informazioni o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri e nei confronti degli operatori economici che forniscono alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione, dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione, fatta salva l'eventuale sanzione penale, l'Autorità ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie entro il limite minimo di euro 500 e il limite massimo di euro 50.000". Il problema non sta certamente nella previsione del potere sanzionatorio dell'ANAC quanto nel fatto che ai sensi del successivo comma 14, "le somme derivanti dal pagamento delle sanzioni di cui all'articolo 211 sono versate all'entrata del bilancio dello Stato per la successiva riassegnazione in un apposito fondo da istituire nello stato di previsione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per essere destinate, con decreto dello stesso Ministro, alla premialità delle stazioni appaltanti, secondo i criteri individuati dall'ANAC ai sensi dell'articolo 38. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare con propri decreti le occorrenti variazioni di bilancio". Come può notarsi, manca qualsiasi collegamento tra organo irrogante la sanzione e organo che beneficia degli effetti economici del suo incameramento. E così viene a mancare anche un incentivo all'irrogazione delle sanzioni pecuniarie che si polverizzano nell'universo del bilancio statale italiano. Si ripete la logica disincentivante, fondata unicamente sull'etica e non sulla motivazione (né dei singoli né degli uffici).

8. Tesi e orizzonti proposti nel presente scritto possono apparire utopistici, irreali, finanche poco esaltanti sul piano morale, frutto di una logica mercantilistica che si pretenderebbe introdurre nel funzionamento della Pubblica Amministrazione. Eppure, piaccia o meno, in taluni ordinamenti stranieri avanzati le cose funzionano proprio in questo modo: la logica formalistica basata sull'adempimento formale con finalità anticorruptiva cede il passo in favore di una logica sostanzialistica incentrata sulla obiettiva realizzazione del risultato amministrativo da conseguire (soprattutto U.K. e U.S.A.).

⁴⁸ Ne sono un esempio, tra i tanti, gli unici due capitoli curati da F. CASADEI e G. MALORNI, *Profili problematici in tema di esecuzione del contratto*, pp. 433 ss., e C. CALLOPOLI, *Le comunicazioni della PA all'Anac nella fase esecutiva degli appalti: dalla trasparenza all'anticorruzione*, pp. 445 ss., rispetto alla restante parte del pur poderoso volume curato da M. NUNZIATA, *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, Bari, 2017.

⁴⁹ F. CASADEI e G. MALORNI, *Profili problematici*, cit., p. 439 che individuano le maggiori problematiche esecutive in: abusivo ricorso all'istituto della variante in corso d'opera; concessione di proroghe dei termini di ultimazione; ricorso patologico al subappalto; ricorso anomalo ai sistemi alternativi di risoluzione delle controversie.

8.1. Negli U.S.A., il Federal Acquisition Regulation Act (FAR) è una legge del 1980 adottata per migliorare la regolamentazione federale e delle agenzie governative, affinché queste analizzino la disponibilità di approcci regolamentari più flessibili e garantiscano che la normativa non comporti un onere economico sproporzionato per le piccole imprese e altre piccole entità. Esso impedisce espressamente l'adozione di normative inutilmente ripetitive della normativa federale, consentendo l'approvazione solo di quella essenziale.

Tra i meccanismi qui previsti, vi è l'obbligo per le stazioni appaltanti di contrarre solo con soggetti di provata lealtà e affidabilità; a tal fine è necessario che le amministrazioni si dotino di sistemi di valutazione della reputazione basati sulla qualità della prestazione in precedenza eseguita, sul rapporto tra costo complessivo finale e costo iniziale stimato, sul rapporto tra tempi effettivi di esecuzione e tempi iniziali stimati nonché sul comportamento complessivo dell'appaltatore.

Lo stesso FAR prevede, inoltre, la performance bond, che opera nel sistema statunitense come una sorta di polizza di assicurazione che l'impresa aggiudicataria sottoscrive con un'impresa di assicurazione specializzata, la quale si impegna a completare la prestazione nei tempi e costi promessi dall'aggiudicatario e in sua vece, in caso di inadempimento di quest'ultimo. In tal modo, tutto il rischio di mancato completamento dell'opera passa dall'amministrazione al surer, "si eliminano in radice le possibilità di corruzione - nessuna assicurazione assicurerebbe un'impresa di dubbia affidabilità assumendosene i rischi - e si riducono i tempi"⁵⁰.

Tale istituto non è minimamente assimilabile all'italiana "garanzia provvisoria" che presuppone semplicemente la disponibilità finanziaria dell'impresa e la cui entità non potrà mai essere pari all'intero valore del contratto da eseguire⁵¹. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. Viceversa, la garanzia definitiva, che copre l'ipotesi di inadempimento, e che può assumere la forma di cauzione o di fideiussione, è pari solo al 10 per cento dell'importo contrattuale.

In entrambi i casi resta impregiudicato non solo il problema dell'esecuzione del contratto nel caso di inadempimento ma anche quello della selezione delle

imprese che, pur dopo l'inadempimento contrattuale e a prescindere dall'incameramento della modesta polizza fideiussoria, potranno nuovamente aggiudicarsi ulteriori contratti senza che l'inadempimento del precedente contratto abbia apprezzabili conseguenze sull'aggiudicazione del nuovo. Il sistema congegnato dal legislatore, per quanto articolato, è basato su una logica profondamente differente da quella statunitense che, al contrario, da un lato incentiva l'impresa a lavorare bene per poter lavorare anche in futuro e dall'altro risarcisce integralmente l'Amministrazione pubblica nel caso di inadempimento contrattuale dell'aggiudicatario.

8.2. Nel Regno Unito la c.d. *maladministration* è avversata sia sul piano giuridico che sociale: essa è considerata un male in sé in quanto impedisce la realizzazione del risultato prefissato dalla normativa, incrementa i costi pubblici e, dunque, costituisce la negazione del sistema di *best value* cui si ispira la gestione dei servizi pubblici britannici⁵².

Nel settore degli appalti pubblici, viene fortemente incentivato il ricorso a strumenti di partenariato pubblico-privato, in linea con le riforme di semplificazione amministrativa avviate negli anni del Governo Thatcher⁵³.

Adottando il criterio della ottimale allocazione delle risorse pubbliche la cui oculata gestione viene controllata attraverso articolati *performance indicators*, più che dettare minuziosamente i singoli procedimenti in U.K. si preferisce responsabilizzare gli amministratori pubblici in ordine ai risultati (*performance*) da raggiungere⁵⁴. Per quanto non manchi, come vedremo, un sistema articolato di lotta alla corruzione, può rilevarsi come questa rappresenti una naturale

⁵² V. LEGGIO, *Anticorruzione e semplificazione*, cit., p. 71. In generale, sulla comparazione dei sistemi giuridici, si vedano M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi e contesto globale*, Bologna, 2019; G. NAPOLITANO, *Introduzione al Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2020; R. SCARCIGLIA, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2020.

⁵³ Secondo V. LEGGIO, *Anticorruzione e semplificazione*, cit., p. 75, invece di rimanere vincolata all'idea di una burocrazia politicamente responsabile, basata su un sistema centralizzato, la Gran Bretagna "ha deciso di investire nel *network* tra istituzioni e soggetti privati, affidando ad essi significativi processi di privatizzazione e le più importanti forniture. Si è creato così un nuovo sistema di diritto pubblico, in cui gli strumenti legislativi sono sempre meno usati e lasciano spazio ad una gestione manageriale basata sulla regolamentazione attraverso ordini esecutivi o altri atti puramente".

⁵⁴ Per uno studio sui diversi livelli di rendimento delle istituzioni regionali italiani, si rinvia al classico di R. PUTNAM, *Making democracy work*, Princeton University press, tradotto in Italia con *La tradizione civica nelle regioni italiane*, Milano, 1993.

⁵⁰ V. LEGGIO, *Anticorruzione e semplificazione*, cit., p. 83.

⁵¹ Cfr. art. 93, d. lgs. n. 50/2016, che commisura la garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria" al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente. L'importo di tale garanzia può essere motivatamente ridotto fino all'1%. ovvero incrementato sino al 4%.

conseguenza dell'innalzamento degli obiettivi di *best value* che, pur non essendo di per sé diretto a contrastare la corruzione, contribuisce alla costruzione di un ambiente efficiente e, in quanto tale, incompatibile con i fenomeni corruttivi che tendono alla dissipazione delle risorse pubbliche e non al loro ottimale utilizzo. Poiché la corruzione ha un costo, il sistema di gestione delle risorse pubbliche ispirato al *best value* e corruzione costituiscono l'uno l'antitesi dell'altro. Ne deriva che laddove la politica del *best value* sia attuata coerentemente, gli spazi per la corruzione si riducono enormemente.

Come in Germania, inoltre, anche in Gran Bretagna la normativa sui contratti pubblici è stata semplificata al massimo, attraverso un recepimento delle Direttive del 2014 mediante la tecnica del *copy out*, “nel convincimento che le misure ivi contemplate, già largamente conformi alla tradizione del *procurement* nazionale, fossero idonee a semplificare il quadro normativo degli appalti pubblici e a stimolare la crescita economica”⁵⁵.

Sul piano dell'organizzazione, invece, il quadro dei soggetti che si occupano di lotta alla corruzione è notevolmente più variegato rispetto a quello italiano, anche se dotato di maggiore specializzazione tecnica. Nel Regno Unito manca un'unica Autorità anticorruzione equivalente alla italiana ANAC: la spiegazione sta nel fatto che il fenomeno corruttivo è prevalentemente legato non all'attività amministrativa ma a quella penale. Esistono piuttosto diverse autorità entro le quali vengono esercitate, in modo specialistico, le diverse funzioni assommate in ANAC, in Italia.

La *National Crime Agency*, ad esempio, *non-ministerial government department*, collabora con il Governo e con le forze di polizia nella lotta contro il crimine, con funzioni sia investigative sia di supporto all'attività legislativa, elaborando specifici programmi di contrasto alla corruzione. Anche il *Serious Fraud Office* (SFO), istituito nel 1987, ha funzioni investigative specificamente rivolte al contrasto della corruzione ed è il soggetto principale incaricato di attuare il “Bribery Act 2010”; come la *National Crime Agency*, anch'esso è un *non-ministerial government department* anche se deve rispondere del suo operato all'*Attorney General*. In pratica, il *Serious Fraud Office* è un ufficio giudiziario specializzato nella repressione dei reati di corruzione.

Viceversa, l'*Advisory Panel on Public Sector Information* è qualificato come un *advisory non-departmental public body*, finanziato dal Ministero della Giustizia: esso è un organo ausiliario avente il compito di raccogliere e registrare tutti i dati e le informazioni relative al settore pubblico, incluse quelle relative al *public*

procurement; le informazioni raccolte sono messe a disposizione degli uffici legislativi. Analogamente, il *Review Board for Government Contracts*, è un altro *advisory non-departmental public body*, finanziato, però, non dal Ministero della Giustizia ma dal Ministero della Difesa, ed ha il compito di rivedere periodicamente i prezzi applicati nei contratti stipulati dal Ministero della Difesa al di fuori delle ordinarie procedure competitive. Infine, il *Civil Service*, è il soggetto pubblico che svolge attività di supporto al Governo nell'implementazione di tutte le sue politiche, in piena indipendenza, rispondendo direttamente al Primo Ministro. Si compone di una pluralità di “*professions*”, una per ogni settore; si tratta sostanzialmente di “*network*” composti da esperti di diversi settori che mettono la loro conoscenza a disposizione del Governo; tra queste, anche la “*procurement profession*”, che si occupa specificamente di contratti pubblici.

Ad ogni modo deve tenersi presente che nel Regno Unito sui comportamenti di c.d. *maladministration* vigilano, anzitutto, i cittadini, chiamati, da un lato, a partecipare alla formazione del provvedimento amministrativo e, dall'altro, a sindacare l'operato dell'Amministrazione pubblica obbligata a rendere trasparente e facilmente comprensibili ogni informazione rilevante (c.d. *accountability*). La visione fondata “sul binomio senso civico-controllo diffuso, che ha fatto del contrasto alla disfunzione procedimentale un pilastro fondamentale dell'attività amministrativa, ha tradizionalmente comportato una certa ritrosia nel considerare il proprio apparato burocratico a rischio corruzione; nonostante il concetto di *maladministration* in chiave anticorruptiva sia stato precocemente conosciuto dalla dottrina britannica, il contrasto ai fenomeni corruttivi è stato considerato a lungo dalla politica e dalla pubblica opinione una questione di diritto penale, legata al comportamento dei singoli e non certo alle istituzioni”⁵⁶. Per questo nel Regno Unito si è sempre parlato di *bribery*, cioè di corruzione vera e propria, e solo successivamente si è affermato il concetto lato di *corruption* inteso come “abuso di potere”.

La *Law Commission* ha iniziato ad occuparsi di corruzione nel 1998, con un report che, sebbene curato dal *Criminal Law Team*, ha affrontato anche temi in ambito amministrativo⁵⁷. Il report non si è tradotto in una riforma legislativa; un secondo tentativo è stato fatto nel 2003, ma è solo nel 2007 che il report *Reforming Bribery* ha condotto all'adozione di una compiuta normativa anticorruzione⁵⁸.

⁵⁶ *Ivi*, p. 72.

⁵⁷ LAW COMMISSION, *Legislating the Criminal Code: Corruption Consultation Paper*, CP n. 145.

⁵⁸ LAW COMMISSION, *Reforming Bribery. A Consultation Paper*, CP n. 185 e LC n. 313.

⁵⁵ V. LEGGIO, *Anticorruzione e semplificazione*, cit., *passim*.

Dal luglio 2011 è entrato in vigore nel Regno Unito il *Bribery Act* del 2010, considerato come una delle più stringenti legislazioni in materia di corruzione, con il quale è stata disciplinata sia la corruzione in ambito pubblico sia in quello privato, con abrogazione della precedente normativa; in pratica, nel Regno Unito, sul tema della corruzione non si è legiferato per circa un secolo, dal momento che prima del 2010 norme contro di essa erano presenti in tre *statutes* di un secolo prima: il *Public Bodies Corrupt Practices Act* 1889, il *Prevention of Corruption Act* 1906 e il *Prevention of Corruption Act* 1916. Questi tre statuti, nel loro complesso, punivano i fenomeni corruttivi sia nel settore pubblico che in quello privato; nel 2010 sono stati abrogati e sostituiti dal “*Bribery Act*”.

8.3. In Germania, nonostante la complessità del quadro giuridico normativo, derivante principalmente dall'impostazione decentrata dei poteri di regolamentazione attuativa, le procedure d'appalto sono svolte con efficienza e in tempi particolarmente contenuti, che si attestano in media, a seconda della procedura, dalle tre settimane ai quattro mesi, dalla pubblicazione della gara all'assegnazione del contratto. Per contro, sembra restare ancora in itinere il processo di accettazione della necessità di adottare un approccio che tenga conto anche del contrasto alla corruzione sistemica, soprattutto in termini di trasparenza dell'attività amministrativa: nel periodo 2006-2016 la Germania è il paese europeo che ha fatto registrare il tasso di pubblicità delle gare più basso dell'UE (1,2%).

Le principali norme applicabili ai contratti al di sopra delle soglie UE sono oggi contenute nella parte IV della legge contro le restrizioni della concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB), ora modificata dal *VergRMo-dG* e dal regolamento sull'aggiudicazione degli appalti pubblici (*Vergabeverordnung*, VgV), che è a sua volta modificato dal *VergRModV*. Il sistema si caratterizza per aver sostanzialmente trasposto le Direttive europee, limitando al minimo gli interventi integrativi; l'intento semplificatorio ha avuto pertanto esito positivo, a differenza dell'esperienza francese.

Tale aspetto costituisce uno dei tre pilastri della strategia anticorruzione applicata con successo ai procedimenti di appalto tedeschi: in primo luogo, adeguate decisioni legislative, con regole chiare, di ridotta interpretabilità discrezionale e che sono state sottoposte a riordino e razionalizzazione; in secondo luogo, procedure all'avanguardia che includono gli appalti elettronici e sistemi di tutela dei *whistleblower*; infine, la centralizzazione delle committenze in un'ottica di separazione tra ente richiedente e amministrazione

aggiudicatrice⁵⁹. Accanto a questi strumenti, si colloca una strategia consolidata, attuata in Germania sin dai tempi dell'Impero prussiano, che pone grande attenzione alla preparazione del personale; i dipendenti che gestiscono le procedure di appalto sono formati attraverso la c.d. duale *Ausbildung* (doppia istruzione), che garantisce l'affiancamento all'esperienza pratica di insegnamenti teorici, evitando la diffusione di prassi errate che è tipica dei sistemi in cui l'attività si apprende esclusivamente sul luogo di lavoro, senza preliminarne tirocinio e successivo aggiornamento⁶⁰.

Un altro elemento di semplificazione procedurale risiede nella predisposizione di servizi federali di consulenza su misura, dedicati in particolare alle stazioni appaltanti più piccole, nella consapevolezza della difficoltà che hanno gli enti di minore dimensione nella progettazione. Sono stati creati, ad esempio, il *Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung* (KNB), ossia il Centro di competenza per gli appalti sostenibili e il *Kompetenzzentrum für innovative Beschaffung* (KOIN-NO), cioè il Centro di competenza per gli appalti innovativi, che sostengono le stazioni appaltanti a livello federale, statale e locale. Le autorità federali svolgono una funzione di consulenza e co-esame al servizio degli enti locali e delle piccole amministrazioni e, in singoli casi di particolare complessità, è previsto che l'ente federale possa subentrare alla piccola amministrazione nel ruolo di stazione appaltante, anche a procedura in corso. Anche la Germania ha adottato una disciplina separata per le gare di valore inferiore alle soglie europee, nelle forme di un “regolamento per gli appalti sottosoglia” (*Unterschweligen Vergabeordnung*), che consente l'uso di procedure semplificate per determinate fattispecie e detta i criteri per il ricorso ad esse. Molti profili attuativi sono però lasciati alla normazione dei singoli *Länder*, tra cui la determinazione delle ulteriori sotto-soglie intermedie.

⁵⁹ Per utili proposte nella direzione di centrali uniche di committenza per i lavori pubblici, che includano le fasi di progettazione, scelta del contraente e vigilanza sull'esecuzione del contratto, cfr. G. LEONE, *Coronavirus, sorte del Paese e... appalti a sorte*, in *Federalismi.it*, 13 marzo 2020 nonché, in letteratura grigia, *Idem*, *Mancano le competenze? Allora teniamoci aule e cantieri in tilt*, in *Il Riformista*, 2 aprile 2021.

⁶⁰ La metodologia dell'apprendimento teorico-pratico potrebbe essere mutuata, in Italia, attraverso l'istituzione di “policlinici giuridici” in cui gli studiosi universitari affiancano i funzionari amministrativi nella realizzazione delle migliori prassi applicative. In tal modo, come nei policlinici sanitari, gli studiosi universitari acquisirebbero la diretta responsabilità di strutture amministrative chiamate ad operare nella viva realtà, mentre gli operatori amministrativi potrebbero arricchirsi abbeverandosi alla scienza giuridica insegnata dai teorici: la nota frattura tra teoria e prassi che danneggia tanto i teorici (talvolta privi di sensibilità pratica) quanto i pratici (spesso degradatisi a ‘praticoni’) potrebbe essere finalmente sanata, a vantaggio di entrambe le categorie, esattamente come accade da anni nei policlinici sanitari universitari.

La prevenzione dei fenomeni corruttivi e l'uso delle tecnologie nel sistema delle procedure selettive

di FRANCESCO ARMENANTE

SOMMARIO: 1. - Premessa. 2. - La pubblicità delle operazioni di gara e la segretezza nella valutazione delle offerte tecniche (la semplificazione nelle gare telematiche). 3. - La tempestività delle operazioni (principio di continuità e di conservazione). 4. - Il soccorso istruttorio e le gare telematiche: il bilanciamento degli oneri. 5. - Conclusioni.

1. La gestione di una procedura selettiva o concorsuale è imprescindibilmente caratterizzata dalla necessità di garantire la *par condicio* tra i concorrenti, al fine di perseguire gli stessi principi di matrice costituzionale del buon andamento e dell'imparzialità; invero, la tutela della concorrenza, prerogativa anche dell'ordinamento giuridico euro-unitario, permea la disciplina di settore, al punto da prescrivere adempimenti, anche modali, finalizzati a preservare una sana competizione.

Senonché, l'exasperazione di tali previsioni si risolve in un improprio aggravio della stessa competizione, infirmandone, in alcuni casi, la stessa finalità perseguita (ovvero quella di selezionare il migliore competitore), posto che, non di rado, il rispetto del dato formale rende recessivo il profilo sostanzialistico, di modo che la proposta migliore viene esclusa per carenze del tutto formali o per il mancato rispetto di adempimenti (superflui, ma) protetti dalla sanzione espulsiva.

Proprio nell'ottica di valorizzare un criterio teleologico, sia in sede di redazione del regolamento della procedura selettiva (c.d. *lex specialis*) che in fase di applicazione dello stesso, sono stati introdotti principi ermeneutici di rilevante impatto, tra cui la tassatività delle ipotesi di esclusione ed il soccorso istruttorio.

Sul medesimo crinale possono richiamarsi anche le novità che hanno riguardato la gestione delle procedure mediante l'introduzione di strumenti telematici, idonei a sveltire la portata applicativa e dirimente di una serie di principi (e, soprattutto, di adempimenti) che, come già osservato, appesantivano la stessa celebrazione della selezione.

In altre parole, l'ausilio delle piattaforme telematiche e l'utilizzo di strumenti

digitali consentono, come meglio precisato *infra*, di alleggerire la portata applicativa di precetti rilevanti in *subiecta materia*, anche se frutto dell'exasperazione del criterio letterale e di un formalismo rigoroso: il tutto (è questa la novità più significativa) senza minare quelle esigenze di imparzialità e di prevenzione di fenomeni corruttivi posti alla base del menzionato criterio e del connesso formalismo.

La gestione telematica di una gara, infatti, offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara può accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data e all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura, dal momento che le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte.

2. In sede di espletamento della procedura assumono peculiare rilievo i principi di pubblicità¹ e di continuità delle operazioni di gara.

Con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici -cdc- (d.lgs. n. 50 del 2016) risulta abrogato l'art. 117 (rubricato "sedute di gara") del d.p.r. n. 207/2010, richiamato espressamente dall'ultimo comma dell'art. 283² del medesimo Regolamento, che prescriveva l'indicazione nel bando o nella lettera di invito del giorno e dell'ora della prima seduta pubblica di gara.

La possibilità degli interessati di assistere alle operazioni svolte svolge, evidentemente, anche una funzione antielusiva delle garanzie partecipative in quanto

¹ Il principio di pubblicità è da tempo all'attenzione della dottrina giuspubblicistica. Tra i primi M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, intese la procedura ad «evidenza pubblica» come un «sistema a doppio stadio» composto da due procedimenti paralleli: il primo - la «serie procedimentale» - destinato alla scelta del contraente, mentre il secondo - la «serie negoziale» - volto alla regolamentazione del rapporto privatistico. Più di recente, M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2, 2008, pag. 301 ss. afferma: «l'evidenza pubblica non è più un procedimento volto a garantire essenzialmente gli interessi pubblici - finanziari e amministrativi - delle amministrazioni precedenti, ma è una procedura finalizzata a tutelare anche e soprattutto la libertà di circolazione e di concorrenza nel mercato europeo». Il Giudice delle Leggi ha evidenziato come l'evidenza pubblica «da disciplina posta a presidio delle esigenze dell'interesse pubblico, in vista della scelta del miglior contraente e del contenimento della spesa dall'esclusivo punto di vista della P.A., diviene una regolamentazione che protegge anche gli interessi delle imprese» (in termini, Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401).

² Selezione delle offerte per i contratti di servizi e forniture nei settori ordinari.

tende ad evitare improprie manomissioni o alterazioni dei plichi presentati e dei documenti in essi inseriti.

Ne consegue che, nonostante la novella normativa (e l'abrogazione del predetto art. 117), non può addivenirsi alla conclusione che le operazioni di gara possano svolgersi senza tener conto dei suesposti principi, anche in ragione del fatto che l'art. 30 del vigente codice dei contratti annovera, tra i principi sottesi alle procedure di affidamento, quello di pubblicità.

L'assunto è suffragato anche dal comma 1-*bis* dell'art. 78 del cdc, secondo cui con le Linee Guide dell'ANAC (*id est*: n. 5 del 2016) sono anche stabilite le modalità di funzionamento delle Commissioni giudicatrici, prevedendo, di norma, sedute pubbliche per la celebrazione della gara e sedute riservate per la valutazione delle offerte tecniche.

In difetto, le operazioni svolte risulterebbero irrimediabilmente viziate.

Ebbene, proprio i riflessi invalidanti riconnessi al mancato rispetto del principio in esame risultano "alleggeriti" grazie al ricorso a procedure telematiche di acquisto.

Se ne impone, pertanto, uno specifico approfondimento.

Il principio di pubblicità delle sedute di gara deve applicarsi in ogni tipo di procedura (compresa quella negoziata), indipendentemente dalla previsione della *lex specialis*, costituendo una regola generale, riconducibile ai principi di imparzialità e buon andamento, almeno per quanto concerne la verifica dell'integrità e l'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta³.

La regola generale della pubblicità della gara implica necessariamente l'obbligo della stazione appaltante di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l'ora e il luogo della seduta della commissione di gara, in modo da garantire loro l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti. Per l'effetto, la mancata convocazione di uno dei concorrenti costituisce vizio insanabile della procedura che si ripercuote sul provvedimento finale di aggiudicazione, invalidandolo, anche ove non sia comprovata l'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, trattandosi di adempimento posto a tutela sia della parità di trattamento, sia dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili in un secondo momento⁴.

³ Tra le tante, T.A.R. Toscana, sez. I, 29 giugno 2016, n. 1116; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *ter*, 3 febbraio 2014, n. 1314; Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6285. Tutte le citate decisioni dei T.T.A.A.R.R. e del Consiglio di Stato sono reperibili sul sito della Giustizia Amministrativa www.giustizia-amministrativa.it.

⁴ Per il T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 20 novembre 2019, n. 2450, è illegittima la gara nel caso in cui le imprese partecipanti non abbiano avuto la preventiva comunicazione del giorno,

L'effetto invalidante⁵ rende superfluo qualsiasi supporto probatorio a carico di chi ne censura la violazione, giacché si risolverebbe in una manifesta petizione di principio accollare, al soggetto deducente tale violazione, l'onere dell'impossibile dimostrazione di un fatto (ovvero l'alterazione dei plichi), verificabile unicamente attraverso il rispetto della formalità (l'apertura pubblica delle buste) in concreto omessa.

La portata del principio di pubblicità varia in funzione del fatto che si tratti di procedure di aggiudicazione automatica oppure di procedure che richiedono una valutazione tecnico-discrezionale. Per le prime (in cui trova applicazione il criterio del prezzo più basso), la pubblicità delle sedute è generalmente totale, per consentire il controllo delle varie fasi di svolgimento della gara da parte dei concorrenti, non sussistendo alcuna valutazione tecnico-discrezionale da effettuare. Per le seconde (ove opera il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), occorre tener presente che, a seguito delle fasi preliminari pubbliche di verifica e riscontro dei plichi presentati e dei documenti in essi contenuti, interviene la valutazione tecnico-qualitativa dell'offerta, che deve essere effettuata in seduta riservata, per evitare influenze esterne ed improprie circolazioni di informazioni.

Sulla portata di tale principio si segnalano diversi interventi giustiziali.

Si è precisato che la violazione del principio di pubblicità determina *ex se* un vizio della procedura, non occorrendo un'effettiva lesione della trasparenza della gara e della *par condicio* tra i concorrenti⁶; per le stesse ragioni si è ritenuta illegittima la riammissione a gara di una ditta, a seguito della riapertura della gara e del rinvenimento del documento (inizialmente ritenuto) mancante, nel caso in cui la riapertura sia avvenuta in seduta non pubblica e senza prova dell'adeguata conservazione degli atti⁷.

Non vi è stata unanimità di interpretazioni, invece, in ordine al rispetto del principio di pubblicità anche per l'apertura delle buste recanti l'offerta tecnica.

All'orientamento che riteneva vincolante il principio in esame per le sole fasi dell'apertura della documentazione amministrativa e dell'offerta economica⁸, si contrapponeva chi sosteneva l'inderogabilità del principio per tutte le fasi di

dell'ora e del luogo della seduta di gara nel corso della quale si sarebbe effettuata l'apertura delle buste con le offerte economiche.

⁵ Per Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2011, n. 4806, la violazione del principio integra un vizio del procedimento che comporta l'invalidità derivata di tutti gli atti di gara.

⁶ Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2005, n. 1077.

⁷ Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5354.

⁸ È la tesi sostenuta da Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7470.

verifica dell'integrità dei plichi, quindi anche relativamente all'apertura delle offerte tecniche.

Nel definire la problematica, l'Adunanza Plenaria⁹ ha ritenuto applicabile il principio di pubblicità anche per l'apertura delle offerte tecniche, posto che anche tale operazione costituisce passaggio essenziale per l'esito della gara e, quindi, deve essere presidiata dalle medesime garanzie a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti¹⁰.

Come anticipato, le esigenze sottese al rispetto del principio in esame sviliscono a fronte della celebrazione della gara con modalità telematiche¹¹ (ovvero attraverso piattaforme), in quanto la procedura adottata rende tracciabile e stabile la documentazione di gara¹².

Si è, perciò, ritenuto che nelle procedure telematiche le buste tecniche possano essere aperte in seduta riservata¹³, in quanto: a) l'utilizzo di gare interamente telematiche comporta la "tracciabilità" di tutte le operazioni e modifica anche l'approccio e la soluzione di eventuali omissioni formali-procedimentali; b) la correttezza e l'intangibilità risulta garantita dal sistema, con esclusione di ogni rischio di alterazione nello svolgimento delle operazioni, anche in assenza dei concorrenti.

Allo stesso tempo, i rischi di possibili alterazioni e manomissioni del materiale cartaceo si pongono in modo meno pressante nel caso di gare telematiche¹⁴, in cui i documenti di gara vengono caricati su una piattaforma telematica che permette di verificare *ex post* ogni accesso alla documentazione. In quest'ottica si è ritenuto che la nomina della commissione in un momento successivo all'apertura delle buste (elettroniche) contenenti le offerte, al fine di verificarne l'integrità formale e la presenza dei documenti previsti dal bando, non implicasse alcun vizio della procedura¹⁵.

⁹ Con sentenza n. 13 del 28 luglio 2011; di recente, T.A.R. Piemonte, sez. II, 30 aprile 2019, n. 531.

¹⁰ Il principio espresso dalla Plenaria è stato positivizzato dalla l. 6 luglio 2012, n. 94.

¹¹ Sul tema, in termini generali, cfr. A. MASSARI, G. SORRENTINO, *La gestione delle gare telematiche. Guida operativa ragionata*, Maggioli, 2020.

¹² Su tale aspetto cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 26 settembre 2019, n. 2016, secondo cui nelle procedure telematiche è ammessa l'apertura delle buste in seduta riservata.

¹³ T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 15 novembre 2018, n. 863, *id.*, sez. I, 15 marzo 2021, n. 155.

¹⁴ Sull'utilizzo delle c.d. "nuove tecnologie" come strumento di prevenzione della corruzione, cfr. M. TRAPANI, *La prevenzione e il controllo della corruzione e dell'etica pubblica mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018.

¹⁵ T.A.R. Valle d'Aosta, sez. I, 22 marzo 2019 n. 13.

Se tali considerazioni sono certamente condivisibili, più discutibile è l'assunto per il quale, nell'ambito delle procedure telematiche, non sarebbero necessarie sedute pubbliche per l'apertura delle offerte¹⁶.

Ad opporsi a tale tesi è sia la previsione degli artt. 4 e 30 del codice, che annoverano la pubblicità tra i principi permeanti tutte le procedure di gara, senza limitarne l'applicazione alle sole gare cartacee, sia il rilievo che neanche per quest'ultime è prevista un'espressa menzione normativa del principio di pubblicità, pur essendone pacifica l'applicabilità.

A temperare il principio di pubblicità concorre quello della segretezza¹⁷ nella valutazione delle offerte tecniche (*recte*: seduta riservata), frutto dell'esigenza di garantire che il giudizio espresso dai commissari non venga condizionato dalla presenza degli operatori interessati e venga reso senza "riserve".

Sul piano diacronico rileva l'esigenza che le offerte tecniche vengano valutate prima della conoscenza di quelle economiche, in quanto la conoscenza preventiva dell'offerta economica consentirebbe di modulare il giudizio sull'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di trattamento, e tale possibilità, ancorché eventuale, inficerebbe la regolarità della gara.

Tale principio comporta che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici, è interdetta al seggio di gara la conoscenza di quelli economici, per evitare una possibile influenza sull'apprezzamento dei primi¹⁸.

La separazione tra le fasi di valutazione dell'offerta tecnica e di quella economica, propria delle procedure di affidamento da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è principio generale, diretto a evitare che la commissione di gara sia influenzata nella valutazione dell'offerta tecnica dalla conoscenza di elementi dell'offerta economica, con la conseguenziale doverosa esclusione del concorrente che abbia determinato tale sovrapposizione¹⁹.

Anche solo la possibile conoscenza dell'entità dell'offerta economica e delle caratteristiche di quella tecnica mette in pericolo la garanzia dell'imparzialità dell'operato dell'organo valutativo, comportando il rischio che i criteri siano plasmati ed adattati alle offerte in modo che ne sortisca un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una di esse; risulta così doverosa l'esclusione di una impresa che inserisca nell'offerta tecnica il computo metrico estimativo

¹⁶ È quanto sostenuto dal T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 2 marzo 2020, n. 957, sul presupposto che l'art. 58 del c.d.c. non ha codificato, per le gare gestite in forma telematica, la fase pubblica.

¹⁷ T.A.R. Piemonte, sez. I, 14 febbraio 2017, n. 239.

¹⁸ Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 612.

¹⁹ T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 8 aprile 2019, n. 563.

corredato dai relativi prezzi, rendendo così esplicita, sin da tale fase, l'offerta economica²⁰.

Tanto conduce a ritenere illegittima l'aggiudicazione di una gara nel caso in cui la commissione abbia proceduto prioritariamente alla valutazione delle offerte economiche e successivamente alla valutazione di tutte le altre componenti dell'offerta ("progetti migliorativi", "progetti per servizi aggiuntivi e migliorativi")²¹.

In una gara svolta in forma telematica, va esclusa l'offerta di una ditta nel caso in cui la produzione dell'offerta economica sia avvenuta unitamente alla documentazione amministrativa; tale circostanza, infatti, fa sì che il ribasso offerto dalla ditta in questione sia astrattamente conoscibile, oltre che da coloro che hanno preso parte alla seduta pubblica, anche da qualsiasi utente munito delle credenziali di autenticazione per operare sulla piattaforma, con possibilità di una diffusione incontrollata che non consente di scongiurare il rischio di conoscibilità della stessa da parte dell'organo valutativo. Né diversamente rileva che il *file* informatico dell'offerta sia protetto da un codice; circostanza che non potrebbe da sola escludere la possibilità di accedere al medesimo da parte di chiunque abbia avuto accesso alla documentazione di gara, una volta aperta la busta che la contiene. In tal caso, quindi, essendo venuta meno l'imprescindibile garanzia di segretezza dell'offerta economica presentata, la ditta va esclusa dalla gara²².

Vero è che la più recente giurisprudenza tende a mitigare i casi di illegittimità riconducibili ad "anticipazioni" di valori dell'offerta economica.

Nel premettere che la violazione del divieto di commistione ora in esame costituisce legittima causa di esclusione, si è precisato che esso non va inteso in senso assoluto, potendo anche essere inclusi singoli elementi economici nell'offerta tecnica, purché siano estranei all'offerta economica, ovvero ne rappresentino componenti isolate e marginali, la cui conoscenza non permetta di risalire all'offerta economica nel suo complesso.

Del predetto divieto, quindi, deve farsi un'applicazione in concreto, posto che gli elementi economici esposti o desumibili dall'offerta tecnica debbano essere tali da consentire di ricostruire in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza ovvero in aspetti economicamente significativi, idonei a consentire

potenzialmente al seggio di gara di apprezzare "prima del tempo" la convenienza di tale offerta²³.

Diversamente, si è sancita la nullità della previsione di un bando di gara che imponeva l'inoltro a presentare offerte a mezzo *pec*, in ragione del fatto che l'obbligo sancito dall'art. 40 cdc²⁴ non possa essere adempiuto utilizzando la posta elettronica certificata, ma solo mediante l'utilizzo di specifiche piattaforme elettroniche per la gestione della gara in modalità *e-procurement*²⁵.

3. Altro principio di portata generale è quello di continuità della gara, la cui osservanza comporta la concentrazione delle operazioni in un'unica seduta o, al massimo, in poche sedute successive, per ragioni di celerità della procedura e per evitare, nelle more, alterazioni di equilibri e ruoli; in altre parole, al fine di assicurare imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza all'azione amministrativa, nonché per prevenire - *medio tempore* - ogni forma di indebita influenza sul Seggio di gara, le sedute della commissione devono ispirarsi al principio di concentrazione e di continuità.

L'esame delle offerte deve essere concentrato in una sola seduta, senza soluzione di continuità, al fine di scongiurare possibili influenze esterne e assicurare l'assoluta indipendenza di giudizio dell'organo giudicante.

Anche tale principio deve osservarsi a prescindere da una espressa previsione nel regolamento di gara; anch'esso, tuttavia, è suscettibile di deroghe.

Ne consegue che il principio di continuità e di concentrazione della gara può essere derogato per il verificarsi di situazioni particolari, che obiettivamente impediscano l'espletamento delle operazioni in un'unica seduta.

Tra queste possono annoverarsi la particolare complessità delle valutazioni o l'elevato numero delle offerte; in tali casi, tuttavia, l'esigenza di continuità impone comunque l'osservanza, nello svolgimento delle operazioni, del minimo

²³ T.A.R. Marche, sez. I, 9 giugno 2020, n. 358; T.A.R. Toscana, sez. I, 22 gennaio 2020, n. 87; T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 24 maggio 2019, n. 138; T.A.R. Liguria, sez. I, 11 febbraio 2021, n. 102

²⁴ Per il quale: "a decorrere dal 18 ottobre 2018, le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici".

²⁵ T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 27 maggio 2019, n. 229, che, in ragione dell'invio delle offerte a mezzo *pec*, ha ritenuto "palesamente violato il principio di segretezza delle offerte economiche, essendo prescritto che esse fossero inviate esclusivamente con posta elettronica certificata, senza nemmeno sistemi di cifratura atti a garantirne la segretezza".

²⁰ T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 20 settembre 2019 n. 551.

²¹ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *bis*, 17 settembre 2019, n. 11055.

²² Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2010, n. 6509; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 2 settembre 2014, n. 1053.

intervallo temporale tra una seduta e l'altra e delle massime garanzie di conservazione dei plichi contenenti le singole offerte²⁶.

In sintesi: il principio di continuità è un principio solo tendenziale, derogabile in presenza di ragioni oggettive quali la complessità delle operazioni di valutazione delle offerte, il numero delle offerte in gara, l'eventuale indisponibilità dei membri della commissione, la correlata necessità di nominare sostituti *et similia*, che giustificano il ritardo anche in relazione al preminente interesse alla effettuazione di scelte ponderate, derogabilità cui fa da sponda, ovviamente, la garanzia di conservazione dei plichi.

In mancanza di tali obiettive condizioni devono ritenersi illegittime le operazioni di gara nel caso in cui, in violazione del principio di continuità, sia intercorso un lungo ed inammissibile intervallo tra due sedute (in cui la commissione ha proceduto all'apertura di tutte le offerte tecniche ed all'avvio del loro esame - nella prima - ed al completamento dell'esame ed all'attribuzione di tutti i punteggi - nella seconda) e nel caso in cui nessuna garanzia emerga dagli atti di gara in ordine alla conservazione dei plichi durante tale lungo lasso di tempo, tale da assicurarli da eventuali manomissioni, non essendovi traccia, nei verbali, della chiusura adeguata dei plichi ovvero del loro affidamento ad un soggetto responsabile della loro custodia, né, nel verbale di ripresa delle operazioni, della constatazione della loro integrità²⁷.

Per analoghe ragioni si è ritenuta illegittima l'aggiudicazione nel caso in cui i lavori della commissione si erano protratti per circa quindici mesi (a volte con lunghi intervalli tra una seduta e l'altra) ed era stato dato atto, soltanto, che tutta la documentazione di gara unitamente alle offerte presentate dai concorrenti, durante i periodi di sospensione, era stata custodita presso i locali dell'Ente, senza peraltro precisare se i plichi (e in particolare le buste con l'offerta tecnica) fossero stati risigillati o richiusi in modo adeguato, così da evitare qualsivoglia ipotesi di manomissione²⁸.

In senso analogo, sono stati ritenuti illegittimi gli atti e le operazioni di gara nel caso in cui nei verbali non erano state indicate le concrete cautele osservate dalla commissione ai fini della conservazione dei plichi contenenti le offerte tecniche²⁹.

A temperare il rigore di tale interpretazione si è evidenziato che l'eventuale difetto di custodia delle buste contenenti le offerte, dopo la loro apertura, va sostenuto da elementi atti a far ritenere che possa essersi verificata in concreto la sottrazione o la sostituzione dei plichi o altro fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura.

A perimetrare l'ambito di applicazione del principio in esame è intervenuta l'Adunanza Plenaria, con sentenza n. 8 del 3 febbraio 2014.

In essa si è precisato che: "in assenza di specifiche regole procedurali a livello di disciplina generale - salvo i casi di una più puntuale regolamentazione da parte di atti generali delle singole amministrazioni, cui la commissione deve rigorosamente attenersi - non può essere elevato di per sé a vizio del procedimento l'omessa indicazione nel verbale di operazioni singolarmente prese in considerazione quali, a titolo di esemplificazione, l'identificazione del soggetto responsabile della custodia dei plichi, ovvero il luogo di custodia dei plichi stessi, nel tempo che separa ogni seduta dalla successiva".

L'orientamento è stato anche di recente confermato. Si è statuito che: "nelle gare pubbliche la mancata indicazione in ciascun verbale delle operazioni finalizzate alla custodia dei plichi non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante della procedura di valutazione comparativa concorsuale, implicitamente collegandosi all'insufficienza della verbalizzazione il pregiudizio alla segretezza ed alla integrità delle offerte; ciò anche in ossequio al principio di conservazione dei valori giuridici, il quale porta ad escludere che l'atto deliberativo possa essere viziato per incompletezza dell'atto descrittivo delle operazioni materiali, tecniche ed intellettive ad esso preordinate, salvo i casi in cui puntuali regole dettate dall'Amministrazione indichino il contenuto essenziale del verbale; di conseguenza, ogni contestazione del concorrente, volta ad ipotizzare una possibile manomissione od esposizione a manomissione dei plichi, idonea a determinare un vulnus alla regolarità del procedimento di selezione del contraente, deve essere suffragata da circostanze ed elementi che, su di un piano di effettività ed efficienza causale, abbiano inciso sulla c.d. genuinità dell'offerta, che va preservata in corso di gara"³⁰.

²⁶ Sulla potestà tendenziale del principio in esame, cfr. Cons. Stato, sez. III, 29 maggio 2017, n. 2542; *id.*, 1° settembre 2014, n. 4449 e 25 febbraio 2013, n. 1169; *id.*, sez. V, 23 gennaio 2017, n. 259.

²⁷ In termini, Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2010, n. 8155.

²⁸ Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2010, n. 3203, in cui si è aggiunto che l'illegittimità rilevata non poteva essere sanata dalla dichiarazione postuma del presidente e del segretario della commissione di gara sulla conservazione, in cassaforte, della documentazione, atteso che tale dichiarazione non vale a sostituire le funzioni del verbale di gara, che è sottoscritto dai componenti della commissione, e che, comunque, anche tale cautela non soddisfa le richiamate esigenze, in mancanza della prova di sigillatura delle buste. Sull'illegittimità di una procedura di durata eccessiva, cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 26 novembre 2014, n. 808.

²⁹ Cons. Stato, sez. VI, 23 giugno 2011, n. 3803.

³⁰ Cons. Stato, sez. V, 11 settembre 2019 n. 6135; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 24 marzo 2020, n. 394.

Come quello di pubblicità, anche la portata del principio in esame sbiadisce in caso di procedure telematiche posto che l'immodificabilità del *file* caricato e la tracciabilità delle operazioni rende superfluo ogni ulteriore adempimento relativo alla conservazione materiale o "protetta" dei documenti inoltrati, al contempo restando impregiudicata l'esigenza di evitare improprie alterazioni o sviate attività del Seggio di gara.

4. Va analizzata la portata applicativa dell'istituto del soccorso istruttorio alle gare telematiche, tenuto conto dei significativi riflessi che ne derivano.

Il soccorso istruttorio, ammesso unicamente nei casi di carenze non essenziali dell'offerta economica e tecnica, nonché in caso di certezza del contenuto dell'atto e del soggetto di riferimento, è espressione della più generale regola di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) della legge n. 241 del 1990, in base alla quale il responsabile del procedimento è tenuto a chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete, sollecitando il privato a porre rimedio ad eventuali dimenticanze o errori, in omaggio ai principi di collaborazione, efficacia ed economicità dell'azione dell'Amministrazione pubblica.

In via generale, nelle procedure di gara è preclusa qualsiasi forma di integrazione documentale, pena la violazione non solo del canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione della P.A., ma anche del principio della *par condicio* di tutti i concorrenti, essendo, per contro, consentita la mera regolarizzazione, afferente a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione.

Il soccorso istruttorio consente, pertanto, di completare o chiarire dichiarazioni o documenti già presentati, ma non di introdurre documenti nuovi o di supplire ad omissioni procedimentali e formali; tanto in ragione di quel principio di autoresponsabilità che impone ai concorrenti di adempiere a precisi obblighi di correttezza e oneri minimi di cooperazione, quali il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti, con la connessa assunzione delle conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione.

Ne consegue l'inapplicabilità dell'istituto in esame a carenze delle offerte, tra cui la loro omessa sottoscrizione.

Anche tale rigorosa applicazione risulta oggetto di potenziale revisione in caso di celebrazione di una gara con modalità telematica.

Non si registra, tuttavia, un indirizzo univoco.

Secondo un primo (e minoritario) orientamento, la mancata sottoscrizione con firma digitale del documento contenente l'offerta economica è sanabile con il soccorso istruttorio, trattandosi di sottoscrizione incompleta che non preclude

la riconoscibilità della provenienza dell'offerta e non comporta un'incertezza assoluta sulla stessa³¹.

Secondo l'orientamento maggioritario, la mancata sottoscrizione dell'offerta non è sanabile, trattandosi di un elemento sostanziale dell'offerta economica, senza che sia necessaria un'espressa previsione nella *lex specialis*³².

Tuttavia, è agevole ipotizzare che anche su tale profilo la peculiare modalità di presentazione delle offerte (mediante posta certificata che rende identificabile e non incerto il proponente) condurrà ad alleggerire tale adempimento, a favore di una sanabilità della carenza della sottoscrizione.

Di certo, l'esclusione va disposta anche se l'offerta (priva di firma digitale) presenti la marcatura temporale; ciò in quanto, mentre la marcatura temporale è un servizio specificamente volto ad associare data e ora certe e legalmente valide ad un documento informatico, consentendo, quindi, di attribuirgli una validazione temporale opponibile a terzi (cfr. art. 20, comma 3, del codice dell'amministrazione digitale³³), la firma digitale è idonea al diverso ed ulteriore scopo di "rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico" [art. 1 comma 1, lett. s), d.lgs. 82/2005], così che è palese la diversità delle funzioni attribuite a ciascuna di esse³⁴.

Allo stesso tempo (in un caso inverso a quello appena trattato) è stata ritenuta legittima la clausola della *lex specialis* di una gara telematica per la quale le offerte economiche dovevano essere inviate, a pena di esclusione, munite di apposita marcatura temporale, in quanto la marcatura temporale è un elemento costitutivo dell'offerta telematica³⁵.

Le riflessioni della giuspubblicistica devono rivolgersi sempre più all'analisi dei profili di invalidità o di mera irregolarità in sede di partecipazione alle gare informatiche anche alla luce delle previsioni del CAD.

Sul piano operativo, possono registrarsi malfunzionamenti e disfunzioni che condizionano (in alcuni casi, impediscono) la regolare partecipazione dei concorrenti o il caricamento della relativa documentazione di gara.

³¹ Cfr. T.A.R. Sardegna, sez. I, 1° luglio 2019, n. 593.

³² La tesi è stata sostenuta, tra l'altro, da: T.A.R. Piemonte, sez. I, 7 gennaio 2020, n. 16; Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1425; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *quater*, 2 luglio 2019, n. 8605 e sez. III *ter*, 22 dicembre 2015, n. 14451.

³³ D.lgs. n. 82 del 2005.

³⁴ Così, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *quater*, 2 luglio 2019, n. 8605, per il quale la mancata apposizione sul documento informatico costituente l'offerta economica della firma digitale, bensì della sola marcatura temporale, consente di attribuire certezza legale solo quanto a data e ora della relativa formazione, ma non anche a proposito della relativa provenienza ed integrità.

³⁵ T.A.R. Basilicata, sez. I, 11 ottobre 2019, n. 746.

Ne consegue la necessità di perimetrare l'eventuale responsabilità delle parti.

In proposito, la pertinente giurisprudenza sembra attestarsi sul seguente approdo.

Nelle gare in forma telematica, il rischio inerente alle modalità di trasmissione della domanda di partecipazione non può non gravare sulla stazione appaltante, che unilateralmente ha scelto le modalità di trasmissione e ne ha imposto l'utilizzo ai concorrenti; dunque, se non è possibile stabilire se vi sia stato un errore da parte del concorrente o, piuttosto, la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sulla stazione appaltante³⁶.

Le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi debbono collocarsi in una posizione servente rispetto ai procedimenti stessi (e non viceversa), non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti fra privato e Pubblica Amministrazione; ne consegue che l'Amministrazione deve accollarsi il rischio dei malfunzionamenti e degli esiti anormali dei sistemi informatici di cui essa si avvale, essendo evidente che l'agevolazione che deriva alla P.A. stessa, sul fronte organizzativo interno, dalla gestione digitale dei flussi documentali, deve essere controbilanciata dalla capacità di rimediare alle occasionali possibili disfunzioni che si possano verificare, in particolare attraverso lo strumento procedimentale del soccorso istruttorio.

Ne consegue che nell'ipotesi di rallentamenti durante la pendenza del termine di presentazione delle domande, si impone alla S.A. di prorogare il termine di presentazione, anche per rallentamenti di breve durata.

Diversa è l'ipotesi in cui il mancato caricamento delle domande e dei documenti di gara non dipenda da alcuna disfunzione della piattaforma.

Per l'effetto, allorché la procedura di gara sia svolta con modalità esclusivamente telematiche, sussiste un esplicito e rigoroso onere in capo ai partecipanti di inviare e far pervenire alla stazione appaltante la domanda ed i documenti previsti dalla legge di gara entro il termine perentorio previsto dal bando; questo alla luce di quella peculiare diligenza nella trasmissione degli atti di gara, compensata dalla possibilità di uso diretto della loro postazione informatica e, dunque, di quella idonea diligenza richiesta nell'uso di un meccanismo rischioso, nel funzionamento del quale ogni soggetto coinvolto svolge attività e compiti distinti; con la conseguenza per cui non è possibile addossare alla stazione appaltante ogni tipo di anomalia nel meccanismo di invio e ricezione, salva la prova del malfunzionamento del sistema "pubblico" per la trasmissione delle offerte,

con la specificazione che spetta al concorrente offrire un principio di prova del suddetto malfunzionamento.

L'onere probatorio, posto a carico dell'operatore economico, è inteso in modo piuttosto rigoroso dalla giurisprudenza³⁷, secondo la quale occorre dare evidenza formale delle eventuali problematiche di funzionamento tecnico riscontrate, mediante la produzione in giudizio di un avviso di malfunzionamento o il rilascio di una certificazione fornita dal gestore dell'infrastruttura informatica che attesti detto malfunzionamento, in rigorosa applicazione dei canoni in materia di onere probatorio *ex art. 2697 c.c.*

Dolersi, infatti, del fatto che vi siano state difficoltà tecniche nella trasmissione della documentazione alla Stazione Appaltante resta una problematica imputabile a chi non ha potuto o saputo avvalersi delle procedure previste dalla piattaforma telematica, che erano da considerarsi come la porta d'accesso principale alla selezione in questione, sia pure rimasta non utilmente utilizzata per un ipotizzato disguido tecnico.

Per tale ragione, in caso di disfunzione tecnica nel caricamento dell'offerta economica e nella trasmissione della stessa, la giurisprudenza dominante tende a reputare legittimo il rigetto dell'istanza di riammissione a gara del concorrente nel caso in cui l'omesso invio e la conseguente mancata ricezione della domanda non appaiono imputabili a malfunzionamenti del sistema, ma al solo operatore partecipante.

5. Dalla suesposta disamina è agevole desumere che il ricorso alle gare telematiche comporta indubbi vantaggi in termini di adempimenti modali e di riduzione di inutili formalismi.

Da un lato, si riducono i rischi in capo ai concorrenti, riconnessi alle sanzioni espulsive per il mancato rispetto di prescrizioni del regolamento di gara funzionali alla segretezza dell'offerta ed alla sua immutabilità; dall'altro, vengono ridotte anche le possibili ipotesi di contestazione e di annullamento delle operazioni di gara qualora non risultino pienamente garantiti alcuni dei principi regolatori della materia e che, anche in assenza di una esplicita previsione normativa, erano funzionali a garantire imparzialità, trasparenza e *par condicio* (si pensi al rispetto del principio di pubblicità delle operazioni di gara, agli oneri dichiarativi sulle modalità di conservazione dei plichi *et similia*).

³⁶ T.R.G.A. Trento, 15 marzo 2021, n. 37.

³⁷ T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 26 febbraio 2021, n. 506.

Il risvolto positivo è che proprio l'uso delle tecnologie consente di prevenire fenomeni corruttivi, posto che, ad esempio, l'immodificabilità dei *file* (recanti la domanda di partecipazione e l'offerta) evita i rischi di possibili alterazioni o manomissioni della documentazione prodotta dall'impresa, così come la marcatura temporale dell'offerta impedisce (almeno in tesi) la sostituzione di quella prodotta in gara, durante la celebrazione della stessa.

In ogni caso non può sostenersi che la prevenzione dei fenomeni illeciti sia pienamente perseguita o che, attraverso l'uso di piattaforme, l'affidamento di commesse pubbliche possa sottrarsi a "turbative".

Nonostante le suindicate ricadute positive, infatti, soluzioni più performanti (come già altre volte sottolineato) vanno ricercate altrove, ovvero nell'implementazione delle banche dati e nei controlli obbligatori (o a campione) ad opera del gestore dei sistemi centralizzati di acquisto, che riducano oneri e incombenze in capo alle stazioni appaltanti, cui verrebbe rimessa solo la più pertinente valutazione delle proposte negoziali.

Tecnologie, anticorruzione e gestione degli interessi nella pubblica amministrazione

di MARCO GALDI

SOMMARIO: 1. - Il rapporto intercorrente fra i termini della questione. 2. - Fra esigenza di trasparenza e gestione degli interessi: le applicazioni tecnologiche nella disciplina del rapporto con le *lobbies*. 3. - Applicazioni ulteriori della tecnologia informatica in funzione anti-corruttiva: il telelavoro. 4. - (segue) la *blockchain*. 5. - (segue) l'istruttoria tramite partecipazione telematica. 6. - (segue) l'istruttoria per algoritmi. 7. - (segue) la decisione per algoritmi. 8. - Considerazioni conclusive... ma non troppo.

1. Preliminarmente sembra opportuno descrivere il rapporto fra i termini su cui si sviluppa l'intervento: tecnologie, anticorruzione e gestione degli interessi.

Se scopo della p.a. è la gestione oculata delle risorse da destinare alla soddisfazione dei bisogni della collettività, attraverso l'organizzazione pubblica¹ - e quindi la "gestione degli interessi" -, sia le tecnologie che l'anticorruzione svolgono un ruolo di tipo ausiliario o servente: la tecnologia ha ad oggetto l'applicazione e l'uso degli "strumenti tecnici" in senso lato, ossia di tutto ciò che può essere applicato "alla soluzione di problemi pratici, all'ottimizzazione delle procedure, all'assunzione di decisioni, alla scelta di strategie finalizzate a determinati obiettivi, sulla base di conoscenze scientifiche comprese quelle matematiche e informatiche"²; l'anticorruzione include quel complesso di azioni, soprattutto di natura preventiva, funzionali all'eliminazione o quantomeno alla riduzione dei fenomeni corruttivi in senso lato (cd. *maladministration*) dalla pubblica amministrazione³. Sia la tecnologia che l'anticorruzione, quindi, favoriscono la più efficiente e imparziale soddisfazione dei bisogni della comunità⁴.

¹ G. ZANOBINI, *Amministrazione pubblica (Nozione e caratteri generali)*, in *Enc.dir.*, II, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 233 ss.

² Voce *Tecnologia*, in Enciclopedia Treccani, www.treccani.it/enciclopedia/tecnologia/.

³ Nella sterminata produzione scientifica in tema di lotta alla corruzione si segnala, per un approccio descrittivo aggiornato, G. GALLONE - A. G. OROFINO, *Tra misure preventive e strumenti di contrasto: la via italiana all'anticorruzione*, in *federalismi.it*, 29/2020, pp. 77 ss.

⁴ Quanto alla funzione della tecnologia, già l'art. 3-bis della l. n. 241/90, come novellata nel 2005, fa espresso riferimento all'uso della telematica da parte delle pubbliche amministrazioni, nei rapporti interni fra loro e con i privati, "per conseguire maggiore efficienza nella loro attività".

Fra tecnologia e anticorruzione vi è, però, anche un ulteriore rapporto di strumentalità, nel senso che la tecnologia può essere altresì funzionale ad una più efficace prevenzione della corruzione.

Il tema è indubbiamente centrale se si considera che l'impatto della tecnologia sulla vita dell'uomo è sempre stato, nella storia, dirompente: dal mito di Prometeo che ruba il fuoco all'Olimpo per farne dono all'umanità, la conoscenza applicata alla vita quotidiana ne ha progressivamente migliorato le condizioni; pur avendo talora prodotto, se mal utilizzata, conseguenze esiziali, come nel caso dell'energia atomica. Gli esempi che potrebbero farsi sono infiniti: dall'invenzione della ruota all'addomesticamento del cavallo (che è all'origine della migrazione delle popolazioni indeuropee); dall'uso dell'aratro a versoio nel medioevo alla scoperta del motore a vapore, ecc...⁵.

2. Attualmente, fra le novità della tecnica che maggiormente possono incidere sulla vita delle persone e, quindi, anche sull'azione della pubblica amministrazione vi è indubbiamente l'applicazione dell'informatica e di Internet⁶. Si tratta di una tecnologia entrata con forza anche nello strumentario dell'anticorruzione, fin dalla "legge Severino" (l. 6 novembre 2012, n. 190), soprattutto per le sue straordinarie ricadute sulla concreta attuazione del principio di trasparenza amministrativa⁷: tanto che la conoscibilità degli atti amministrativi, nata nel nostro

E tuttavia, sebbene questa disposizione abbia inteso enfatizzare il valore dell'efficienza, ciò non esclude certo che la tecnologia in genere, e segnatamente la telematica, non svolga di fatto un ruolo servente anche rispetto al valore dell'imparzialità. Quanto all'anticorruzione, collega la nozione stessa di etica pubblica "all'agire di chi riveste un pubblico ufficio, il quale deve adempierlo non solo con correttezza ma anche con un obiettivo di massima soddisfazione degli interessi per i quali è chiamato ad adempiere" M. TRAPANI, *La prevenzione e il controllo della corruzione e dell'etica pubblica mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie*, in *Forum Quad.Cost.*, 15 aprile 2018, p. 2.

⁵ Illustra la storia della tecnologia dall'XI al XVIII secolo come volano dello sviluppo economico e sociale C.M. CIPOLLA, *Storia economica dell'Europa preindustriale*, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 215 ss.

⁶ Sulla c.d. "quarta rivoluzione industriale" v. K. SCHWAB - P. PYKA, *Die Vierte Industrielle Revolution*, München, 2016; P. BIANCHI, *4.0 La nuova rivoluzione industriale*, Bologna, 2018 e, con taglio divulgativo, P. MESSINA, *Economia digitale: la quarta rivoluzione industriale è in arrivo. Come farsi trovare preparati?*, in *money.it*, 26 dicembre 2020. Fra i primi studi che hanno analizzato sul piano del diritto costituzionale le possibilità offerte da Internet v. G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2011; P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (prospettiva costituzionalistica)*, in *giurcost.it.*, 2012; M. NISTICÒ - P. PASSAGLIA, a cura di, *Internet e costituzione*, Giappichelli, Torino, 2014; O. POLLICINO - T. E. FROSINI - E. APA, *Diritti e libertà in Internet*, Le Monnier, Firenze, 2017.

⁷ Sull'attuale regime della trasparenza amministrativa v. A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, Relazione al Convegno di studi

ordinamento come mezzo per tutelare posizioni soggettive (art. 22 ss. l. 7 agosto 1990, n. 241), di fatto ha assunto una spiccata funzione anticorruptiva, soprattutto con il d.lgs. 14 marzo 2013 n. 33 e con il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, che arrivano a prevedere, compatibilmente con la tutela delle esigenze di riservatezza⁸, l'accessibilità totale dell'attività amministrativa⁹; al punto che oggi la figura cardine nell'ambito delle singole amministrazioni italiane per il contrasto alla corruzione deve *ope legis* interessarsi anche di trasparenza (il cd. "Responsabile per la prevenzione della corruzione e della trasparenza")¹⁰ e che lo strumento principale di programmazione delle azioni anticorruptive, parimenti, si occupa, come evidente fin dalla sua stessa denominazione, sia di anticorruzione che di trasparenza (il cd. "piano triennale per la prevenzione della corruzione e della trasparenza")¹¹.

E, tuttavia, queste problematiche attengono all'attività amministrativa nel suo prodotto finale, fatto essenzialmente di provvedimenti amministrativi, che grazie alla rete diventano conoscibili (e controllabili) a (da) tutti¹²; non nel suo stesso farsi, allor quando cioè si realizza la concreta gestione degli interessi,

"Lo stato dell'arte della ricerca italiana sulla pubblica amministrazione in prospettiva europea", Roma, 28 novembre 2017, in *Dir.amm.*, 2/2018, pp. 311 ss. Sull'evoluzione normativa v. C.P. SANTACROCE, *Conquiste e arretramenti nella trasparenza amministrativa che cambia*, in *Dir.soc.*, 3/2017, pp. 577 ss.

⁸ Di recente indagano il nodo cruciale del rapporto con la riservatezza C. COLAPIETRO, *Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla "privacy": la disciplina delle diverse forme di accesso e degli obblighi di pubblicazione*, in *federalismi.it*, 14/2020, pp. 64 ss. e C. DELLA GIUSTINA, *Alla ricerca di un ragionevole equilibrio tra principio di trasparenza e tutela della riservatezza*, in *Nomos*, 1/2020.

⁹ S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir.amm.*, 1/2017, pp. 65 ss. In senso critico sulla convivenza delle diverse forme di accesso G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, 1/2017, pp. 17 s.

¹⁰ Definito tale dal d.lgs. n. 97/2016.

¹¹ Sul rapporto fra anticorruzione e trasparenza v. M. GALDI, *Trasparenza e anticorruzione*, in *Rassegna di Studi e Ricerche Pubblicistiche*, Salerno, 2018, pp. 17 ss. e, più di recente, D. BOLOGNINO, *Anticorruzione e trasparenza: ridisegnarne l'ambito soggettivo di applicazione?*, in *Giorn.dir.amm.*, 6/2020, pp. 704 ss.

¹² Ciò nondimeno, dubita dell'efficacia dell'approccio praticato la letteratura giuridica nord-americana, la quale, "esplorando i pilastri teorici di questi modelli di trasparenza online e la loro attuazione pratica", si avvede di come "le attuali politiche di trasparenza non rafforzano effettivamente la responsabilità pubblica. Lungi dall'essere un punto di svolta, il matrimonio tra trasparenza e tecnologia rafforza le tradizionali insidie delle politiche di trasparenza. L'attuale architettura della trasparenza online consente alle agenzie di mantenere il controllo sui dati normativi e quindi di trattenere le informazioni che sono essenziali ai fini della responsabilità pubblica. Assegna inoltre priorità alla quantità rispetto alla qualità dell'informativa e rafforza le tradizionali barriere di accesso alle informazioni. Quindi, anche se la responsabilità pubblica è la ragione d'essere delle politiche di trasparenza online, queste politiche spesso non riescono a migliorare la responsabilità". J. SHKABATUR, *Transparency, With(out) Accountability: Open Government in the United States*, in *Yale Law & Policy Review*, 31/2012, p. 81. Ma v. anche L. DI DONATO, *Analisi*

oggetto delle presenti riflessioni (momento dinamico che, in ogni caso, trova evidentemente nella motivazione obbligatoria del provvedimento la sua sintesi¹³). Proprio per rimanere ancorati al tema prescelto, quindi, questi pur rilevantissimi aspetti dell'applicazione delle nuove tecnologie informatiche all'anticorruzione saranno in questa sede tralasciati.

Unica eccezione alla linea appena tracciata riguarda un tema di confine che, pur implicando l'applicazione dell'informatica in funzione di assicurare maggiore trasparenza amministrativa, ha comunque come oggetto la rappresentazione degli interessi in gioco, per la prima volta nella storia del nostro ordinamento operandosi, sia pure limitatamente a forme di autoregolazione¹⁴, un'estensione del principio di trasparenza alle fasi endo-procedimentali¹⁵: si fa riferimento alla disciplina del rapporto fra pubblica amministrazione e *lobbies*. L'argomento non può essere tralasciato in questa riflessione, essendo le *lobbies* per definizione "portatrici di interessi particolari"¹⁶.

delle politiche in materia di anticorruzione: luci e ombre, Atti del Convegno "Analizzando la XVII legislatura: elementi per un bilancio", Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, 9-17-23 aprile 2018, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2018, p. 13, il quale utilizza l'espressione "burocrazia della trasparenza", che alimenta "quel circolo vizioso delle amministrazioni, all'interno delle quali per risolvere un problema si tende a valorizzare la fase procedurale a discapito di quella del risultato, nonché rallentare l'intero apparato pubblico, cui peraltro non spettano risorse aggiuntive per esercitare tali nuove funzioni". L'A., inoltre, denuncia che "l'accesso totale agli atti e agli altri documenti amministrativi non significa necessariamente ottenere un maggiore grado di trasparenza, in quanto si rischia di favorire una «opacità per confusione» a causa dell'assenza di qualunque opera di selezione a monte di quelli più idonei a rilevare il buon andamento dell'amministrazione, di cui all'art. 97 Cost. In altri termini, alla crescita abnorme degli obblighi di informazione sembra non corrispondere un incremento reale della trasparenza". Evidenzia le criticità della recente disciplina in tema di trasparenza anche A. DEL PRETE, *Criticità e prospettive per la disciplina del diritto di accesso generalizzato*, in *Nuove autonomie*, 3/2017, pp. 507 ss.

¹³ Donde sarebbe interessante interrogarsi sul rischio che presenta la "dequotazione" del vizio da mancanza di motivazione operato dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, nella prospettiva della lotta alla corruzione. Sul punto v. M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir.proc. amm.*, 3/2017, pp. 894 ss., nonché nella prospettiva dell'antinomia con il diritto eurounitario E. SENATORE, *L'integrazione postuma della motivazione del provvedimento amministrativo fra ordinamento interno e comunitario*, in *federalismi.it*, 4/2018.

¹⁴ In ossequio all'art. 10, comma 3, del d.lgs. n. 33/2013, che configura come "obiettivo strategico" di ogni amministrazione il compito di promuovere "maggiori livelli di trasparenza" rispetto a quelli definiti dalla normativa primaria, dovendo esso "tradursi nella definizione di obiettivi organizzativi e individuali".

¹⁵ Della trasparenza come "tracciabilità degli interessi" parla L. DI DONATO, *Il lobbying e la qualità delle regole*, in *Ist.Feder.*, 3-4/2018, p. 566.

¹⁶ In tema v., da ultimo, E. CARLONI - M. MAZZONI, *Il cantiere delle lobby. Processi decisionali, consenso, regole*, Roma, Carocci, 2020, nonché E. ROMANI, *La regolazione del "lobbying" e il potere di vigilanza di ANAC*, Relazione al Convegno "Il cantiere delle lobbies", Perugia, 22-23 novembre 2018, in *Dir.ec.*, 3/2019, pp. 483 ss. e D. DANIELE, *"Lobbying", gruppi di interesse e regolazione amministrativa: alcuni segnali di cambiamento?*, in *federalismi.it*, 24/2017.

Invero, nel nostro Paese il fenomeno del *lobbying* non è stato oggetto di particolare disciplina¹⁷. L'ANAC, fin dalla deliberazione n. 12 del 28 ottobre 2015 recante l'Aggiornamento 2015 al Piano nazionale anticorruzione, ha auspicato l'adozione di misure di regolazione dei rapporti con i "rappresentanti di interessi particolari", sulla scorta evidentemente degli interventi assunti dalla Commissione europea di poco anteriori, che ha inteso disciplinare la pubblicazione delle informazioni relative alle riunioni con i "portatori di interesse"¹⁸.

Da notare, tuttavia, che la stessa Autorità anticorruzione ha atteso poi circa quattro anni prima di adottare il «Regolamento disciplinante i rapporti fra ANAC e i portatori di interessi particolari presso l'Autorità nazionale anticorruzione e istituzione dell'Agenda pubblica degli incontri» del 6 marzo 2019¹⁹, che si propone di disciplinare "secondo principi di massima trasparenza gli incontri del Presidente, dei componenti del Consiglio, del Segretario generale e dei dirigenti dell'Autorità nazionale anticorruzione con i portatori di interesse"²⁰. In estrema sintesi, si può dire che questo regolamento precisa "le modalità organizzative e i criteri per garantire la trasparenza degli incontri organizzati, su richiesta dei portatori di interessi, al fine di rappresentare tali interessi in relazione ad attività e procedimenti di esercizio, attuale o futuro, delle funzioni istituzionali, regolative, consultive, di vigilanza, sanzionatorie, attribuite all'Autorità dalla normativa vigente" (art. 2, comma 2), istituendo allo scopo l'Agenda pubblica degli incontri con i portatori di interessi (art. 3)²¹ e regolando sia le modalità di

¹⁷ M. D'ANGELORANTE, *Il fenomeno del lobbying in Italia: limiti e potenzialità della disciplina esistente e dei percorsi cdi completamente immaginabili*, in *Ist.Feder.*, 3-4/2018, pp. 529 ss. Analizza le ragioni per le quali nel nostro Paese si evita una disciplina del fenomeno F. MARTINES, *Il lobbismo come possibile rimedio alla crisi del principio di rappresentanza democratica*, in *Ist. Fed.*, 3-4/2018, pp. 592 ss., ove si trova una descrizione delle proposte di legge intervenute sull'argomento.

¹⁸ L'esigenza di trasparenza nel rapporto tra decisori pubblici e portatori di interesse è stata avvertita dalla Commissione europea, che ha disciplinato la materia con le decisioni nn. 2014/838/UE e 2014/839/UE.

¹⁹ Il regolamento è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 72 del 26 marzo 2019 ed è oggi scaricabile dal Sito istituzionale dell'ANAC.

²⁰ Come si legge nell'ultimo "ritenuto" della motivazione del regolamento.

²¹ L'Agenda, ex art. 3, comma 1, del regolamento "riporta le informazioni necessarie per far conoscere ai cittadini i soggetti incontrati, le modalità e le finalità degli incontri". In essa, in base al comma 2 dell'art. 3, i "Decisori" che incontrano portatori di interessi devono indicare "il nominativo del Decisore, la data e l'ora dell'incontro, il luogo dell'incontro, il nominativo/i dei portatori di interessi incontrati, il soggetto che ha formulato la richiesta e le modalità di quest'ultima, l'oggetto dell'incontro, i partecipanti, la documentazione consegnata ovvero trasmessa anche successivamente". L'Agenda pubblica degli incontri, in base al comma 3 del citato articolo, deve essere pubblicata sul sito dell'Autorità nella sezione "Amministrazione trasparente" a cura del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza ed è aggiornata settimanalmente.

svolgimento degli incontri (artt. 4 e 5)²² che quelle relative alla vigilanza sull'applicazione del regolamento stesso ad opera del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza dell'ANAC e del Consiglio dell'Autorità (art. 6).

Ora, a parte qualche valutazione critica che pure sembra opportuno svolgere su questo regolamento, che esclude una serie di ipotesi dalla sua stessa applicazione in modo non del tutto condivisibile (che sia l'ANAC a prevedere il regolamento e poi a limitarne l'applicazione in modo significativo fa certamente specie)²³, non vi è dubbio che la strada indicata sia corretta. E, tuttavia, ben più incisiva si presenterebbe la scelta di una effettiva "tracciabilità" degli interessi nelle fasi endo-procedimentali se fosse resa obbligatoria e non derogabile da alcuno la regola dello svolgimento degli incontri presso la sede dell'ANAC e se questi incontri fossero puntualmente video-ripresi, prevedendosi l'obbligo di conservare la registrazione, anche dopo l'adozione dei provvedimenti amministrativi cui si riferiscono, per un certo numero di anni, in modo che possa essere messa all'occorrenza a disposizione dell'autorità giudiziaria.

Questo suggerimento, ovviamente, potrebbe essere accolto anche da altre pubbliche amministrazioni, in sede di adozione dei rispettivi piani triennali di prevenzione della corruzione e della trasparenza, soprattutto con riferimento a settori particolarmente esposti ai fenomeni corruttivi o nei quali si siano registrati negli anni precedenti episodi di corruzione; dovendosi preferire, a mio giudizio, l'approccio dell'autoregolamentazione e della *soft law* a scelte generalizzate

operate in sede di normativa primaria, a meno di non voler eccessivamente irrigidire il sistema²⁴.

L'esempio appena prospettato, tuttavia, fa riflettere nella misura in cui dimostra come anche tecnologie oramai di ampia e consolidata diffusione (è questo certamente il caso degli apparecchi di videoregistrazione)²⁵ possono essere ulteriormente applicate alla pubblica amministrazione, in funzione di prevenirne la corruzione, fin nella fase della sua azione in cui essa va a definire quell'equilibrio fra interessi che saranno poi rappresentati nel provvedimento²⁶.

3. L'impatto delle tecnologie sulla gestione degli interessi e sulla lotta alla corruzione è potenzialmente illimitato, alla luce della continua evoluzione tecnologica, anche indipendentemente dall'applicazione che può farsi dell'informatica per assicurare maggiore trasparenza amministrativa.

Un ulteriore esempio di applicazione della tecnologia come strumento di prevenzione della corruzione, legato all'informatica ma non connesso alla realizzazione di forme più evolute di trasparenza amministrativa, ci viene proposto dal recente rilancio del c.d. "lavoro agile" nella pubblica amministrazione, in coincidenza con le azioni adottate per il contenimento del COVID-19²⁷. La legge 22 maggio 2017, n. 81, recante "misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato", definisce il lavoro agile all'art. 18 come "modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo

²² Gli incontri in base all'art. 4 del regolamento devono svolgersi presso la sede dell'ANAC, salvo quelli organizzati dal Presidente e dai Consiglieri; per ogni incontro occorre compilare dei moduli da trasmettere al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. Il regolamento, poi, all'art. 5 subordina lo svolgimento degli incontri al consenso reso dai portatori di interesse alla pubblicazione delle informazioni contenute nell'Agenda.

²³ Al di là della comprensibile e condivisibile scelta di non applicare il regolamento "ai contatti che intercorrono con i rappresentanti di Stati esteri, delle istituzioni europee e delle organizzazioni internazionali" (art. 2, comma 3), meno condivisibile è, a mio parere, la previsione di cui all'art. 4, comma 1 del regolamento, per il quale "gli incontri organizzati dal Presidente e dai Consiglieri possono svolgersi anche in sede diversa", nonché, soprattutto, le previsioni di cui al comma 4 e 5 dello stesso articolo, per cui, rispettivamente, si prevede che "gli obblighi di cui al comma 1 non si applicano agli incontri occasionali che intervengano in occasioni di incontri pubblici, conferenze, convegni, seminari di studio" e che "gli obblighi di cui al comma 1 non si applicano agli incontri in forma di audizioni, consultazioni e partecipazione a tavoli tecnici previsti dai Regolamenti dell'Autorità recanti la specifica disciplina in materia di vigilanza, sanzioni, ispezioni, adozione di atti regolatori e pareri di precontenzioso ai sensi dell'art. 211, del d.lgs. 50/2016". Ai margini di un convegno pubblico, infatti, o di un incontro calendarizzato in attuazione di altri Regolamenti dell'ANAC, nulla vieta che si realizzino appuntamenti riservati che abbiano ad oggetto le modalità di svolgimento delle funzioni dell'ANAC, senza che di essi si rinvenga traccia alcuna.

²⁴ Di recente affronta queste tematiche A. LAZZARO, *La disciplina del "lobbying" nell'era digitale e nella prospettiva della trasparenza*, in *Pol.dir.*, 1/2020, pp. 139 ss.

²⁵ Sulla registrazione fonica su supporto degli atti di Polizia giudiziaria v. A. IACOVETTI, *La registrazione a supporto degli atti di P.G.*, in www.iprofessionistidellassicurezza.it/2021/01/04/la-registrazione-a-supporto-degli-atti-di-p-gl/ del 4 gennaio 2021.

²⁶ Sulla discrezionalità amministrativa come ponderazione di interessi si rinvia al classico studio di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939.

²⁷ Si veda la Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri DFP n. 0012035 P- del 25 febbraio 2020, indirizzata alle Amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, recante "prime indicazioni in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-2019", che all'art. 3 prevede che "le amministrazioni sono invitate a potenziare il ricorso al lavoro agile individuando modalità semplificate e temporanee di accesso alla misura con riferimento al personale complessivamente inteso, senza distinzione di categoria di inquadramento e di tipologia di rapporto di lavoro".

di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa"²⁸. Parte essenziale del lavoro agile è, dunque, il cd. "telelavoro", che può realizzarsi anche in luogo diverso dalla sede della pubblica amministrazione (per lo più presso il domicilio del lavoratore).

Ebbene, fra le varie ricadute positive che comporta il telelavoro, che vanno dalla riduzione degli spostamenti del lavoratore con minor impatto ambientale, grazie al mancato utilizzo dell'automobile, al miglior temperamento con le esigenze familiari, ecc., esso presenta fra l'altro quella di limitare i possibili contatti fra pubblico dipendente e soggetti interessati al singolo provvedimento amministrativo, riducendo il rischio non solo di contagio in tempi di pandemia... ma anche di corruzione.

Va detto, tuttavia, che lo *smart working* presuppone per essere attivato efficacemente una serie di interventi tesi ad applicare le nuove tecnologie, che vanno dalla completa dematerializzazione della documentazione amministrativa (creazione di file pdf indicizzabili) alla creazione dei fascicoli elettronici, dalla trasformazione dei procedimenti in procedimenti amministrativi informatici alla specifica formazione del personale; processi questi in parte ancora da realizzare in molte amministrazioni pubbliche, nonostante il forte impulso dato al loro compimento dell'esperimento spinto del telelavoro realizzatosi nei mesi di *lockdown*²⁹.

Anche in questo caso, tuttavia, la scelta dello *smart working* come strumento per la riduzione dei rischi di corruzione deve essere preferibilmente operata in sede di adozione degli strumenti di pianificazione dell'anticorruzione; magari prevedendosene l'attuazione con riferimento a settori particolarmente esposti ai fenomeni corruttivi o nei quali si siano registrati negli anni precedenti specifici episodi di corruzione. Non sembra del tutto da escludersi, peraltro, la possibilità che i funzionari impegnati nel telelavoro siano messi nella condizione di operare, ignorando i dati anagrafici dei titolari delle pratiche sottoposte alla rispettiva valutazione (ovviamente ove questi dati difettino di un rilievo specifico per quel

procedimento), per garantire il massimo della imparzialità ipotizzabile. Ovviamente, una simile previsione va collocata nell'ambito di un'organizzazione complessa, che non faccia venir meno la garanzia del responsabile del procedimento come interlocutore privilegiato del cittadino e si basi su una divisione del lavoro, che sappia coinvolgere in modo virtuoso diverse competenze.

4. Si tratta, adesso, di valutare in che modo la stessa informatica possa avere ulteriori applicazioni nell'ambito dell'istruttoria amministrativa, che è il luogo per eccellenza ove si opera la comparazione degli interessi, sempre nell'ottica della lotta alla corruzione. È noto, infatti, che l'istruttoria procedimentale sia finalizzata alla più ampia acquisizione di elementi utili alla valutazione degli interessi presenti nella concreta fattispecie, in modo che la pubblica amministrazione possa assumere decisioni imparziali e conformi ai canoni di efficacia, efficienza ed economicità.

Diverse tecnologie informatiche sono potenzialmente applicabili per migliorare l'istruttoria.

Ad esempio, potenzialmente utile sarebbe la c.d. *blockchain* (letteralmente "catena di blocchi") per la tenuta di registri pubblici, nella misura in cui permetterebbe l'acquisizione, in sede istruttoria, di informazioni non modificabili, anche grazie all'architettura c.d. "*peer tu peer*", che esclude la presenza di un unico server centrale, più facilmente vulnerabile dagli *hacker*, e si basa su una serie indefinita di computer partecipanti alla rete (i c.d. "registri distribuiti" o DLT - *Distributed Ledger Technology*). Una simile tecnica, infatti, potrebbe effettivamente svolgere un ruolo di prevenzione della corruzione, nella misura in cui renderebbe i documenti non più alterabili, eliminando del tutto il rischio di falsi in atto pubblico, che possano essere l'oggetto specifico di condotte corruttive³⁰.

³⁰ Enfatizza il potenziale ruolo della *blockchain* in funzione anticorruptiva M. TRAPANI, *La prevenzione e il controllo della corruzione*, cit., p. 9, per la quale, oltre all'impossibilità di falsificare i documenti pubblici, "un simile sistema riesce a rendere ogni azione dei pubblici poteri maggiormente trasparente e facilmente rintracciabile in ogni suo passaggio, facilitando l'eventuale individuazione di eventi corruttivi". Sostiene, inoltre, l'A. che "uno sviluppo di questa tecnologia, una sua effettiva regolazione ed una sua reale applicazione potrebbe essere utile anche per tracciare eventuali conflitti d'interesse, i pagamenti delle PA e le costruzioni delle grandi opere, permettendo anche una maggiore garanzia di tutela della privacy, mediante una nuova governance algoritmica del dato, lo stesso dato che può essere accessibile ma solo mediante procedure istituzionalizzate e verificate" (p. 10). Per un esame delle problematiche giuridiche che pone la *blockchain* v. F. FAINI, *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, in *federalismi.it*, 16/2020, pp. 79 ss., spec. pp. 93 ss. La *blockchain* consiste in un registro digitale distribuito in una rete di computer. Le informazioni sono inserite in "blocchi", l'ultimo dei quali

²⁸ Ai sensi del comma 3 dell'art. 18 della legge n. 81/2017, le disposizioni del relativo capo si applicano, "in quanto compatibili, anche nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, secondo le direttive emanate anche ai sensi dell'articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e fatta salva l'applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate per tali rapporti".

²⁹ Sul tema v. V. TALAMO, *L'impatto della digitalizzazione e nuove modalità di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni: le sfide e le opportunità*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 3/2019, pp. 71 ss.

Questa tecnologia è entrata ufficialmente nel nostro ordinamento con il DL 14 dicembre 2018, n. 135, recante “Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione”. In particolare, l’art. 8-ter per prima cosa definisce al comma 1 le “tecnologie basate su registri distribuiti” come “le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetture decentralizzate su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l’aggiornamento e l’archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili”; quindi individua, al comma 3, le conseguenze giuridiche della “memorizzazione di un documento informatico attraverso l’uso di tecnologie basate su registri distribuiti”, consistenti nella “validazione temporale elettronica di cui all’articolo 41 del regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014” e cioè, in sostanza, nella certezza della data e dell’ora dei dati in forma elettronica cui la validazione si riferisce. Infine, prevede, al comma 4, l’individuazione da parte dell’Agenzia per l’Italia digitale degli standard tecnici che questa tecnologia deve possedere perché si produca l’effetto giuridico della validazione temporale elettronica. Ma la mancata adozione entro i novanta giorni previsti degli indirizzi da parte dell’AgId ha, di fatto, precluso l’applicazione di questa importante tecnologia, inibendo, almeno per il momento, le possibili ricadute positive sull’istruttoria amministrativa³¹.

Pertanto, se oggi si inizia a discutere di questa tecnologia soprattutto per certificare documenti a livello internazionale, non è scontato che venga poi adottata in modo sistematico da parte degli Stati, se non altro perché culturalmente mette in crisi il modello verticale della relazione fra istituzioni e cittadini, aprendo le porte ad un’evoluzione dalle conseguenze imprevedibili.

In ogni caso, va segnalato che l’applicazione della *blockchain* costituisce già in alcune esperienze straniere un valido strumento di lotta alla corruzione: si può

richiamare, a titolo esemplificativo, il contrasto alla cd. “corruzione elettorale”³² che si realizza allorché questa tecnologia consente un voto certificato, anche, sia pure con minori garanzie di segretezza e libertà, nel caso in cui sia espresso da remoto³³. Così come se ne possono ipotizzare le più svariate applicazioni nell’ottica dell’anticorruzione: anche qui, a titolo meramente esemplificativo, si può prevedere la gestione di processi di allocazione fondi, che potrebbero essere regolati dalle pubbliche amministrazioni attraverso l’applicazione di *Smart contract*, basati sulla tecnologia della *blockchain*, ex art. 12 della l. n. 241/90³⁴. E, tuttavia, seppure questa precipua tecnologia presenta significative ricadute

³² Il reato di “corruzione elettorale” è stato introdotto nel nostro Paese con il D.P.R. 570/1960, all’art. 86, e punisce l’elettore che, per dare un voto o astenersi dal votare, ha accettato offerte o promesse di denaro o altre utilità. Sul tema v. D. PADRONE, *Il delitto di corruzione elettorale*, Nota a Cass. sez. I pen. 11 agosto 2014, n. 35495, in *Cas.pen.*, 3/2015, pp. 1181 ss.

³³ Esperienza esemplare si è realizzata con l’app per il voto elettronico “Voatz”, già sperimentata con successo negli USA nelle elezioni di *Mead Term* in Virginia orientale (2018), nelle elezioni municipali nella contea di Denver (2019) e nelle elezioni presidenziali della contea di Utah (2020). Per informazioni v. <https://voatz.com>. In generale sulle prospettive del voto elettronico v., di recente, F. CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in *federalismi.it*, 6/2020, pp. 216 ss., che fa riferimento alla *blockchain* come frontiera più evoluta della tecnologia applicata al voto da remoto alle pp. 219 e 222. Ma v., anche, M. FARINA, *Il diritto di voto alla fermata del binario elettronico*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2020, pp. 608 ss., più centrato sull’esperienza italiana e sulla comparazione con le esperienze tedesca ed estone. Si segnala, infine, uno specifico riferimento alla *blockchain* nella proposta di legge di iniziativa parlamentare presentata dalla Sen. Laura Garavini (PD), cofirmatari i Sen. Francesco Giacobbe (PD) e Andrea Marcucci (PD), Atto Senato n. 936, XVIII Legislatura, presentata in data 13 novembre 2018 e rubricata “Modifiche alla legge 27 dicembre 2001, n. 459, recante norme per l’esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all’estero”, il cui art. 2, comma 2, espressamente prevede: “al fine di elevare i livelli di sicurezza e di trasparenza del sistema di voto per corrispondenza degli elettori italiani residenti all’estero inclusi nell’elenco generale di cui all’articolo 5, comma 2, della legge 27 dicembre 2001, n. 459, come sostituito dall’articolo 1, comma 1, lettera b), della presente legge, con il regolamento previsto dall’articolo 8 della presente legge sono adottate le disposizioni volte all’applicazione delle tecnologie *blockchain*, secondo le indicazioni contenute nell’allegato tecnico annesso alla presente legge”.

³⁴ Si rinviene una definizione di *Smart contract* nell’art. 8-ter del DL n. 135/2018, che al 2° comma lo qualifica come “un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli *Smart contract* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall’Agenzia per l’Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”. Sui profili giuridici dell’istituto v. F. FAINI, *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, cit., pp. 102 ss. Nell’ambito dello *Smart contract* sono stati sperimentati diversi progetti per assicurare la trasparenza dei processi decisionali, da quelli relativi alla gestione dell’identità a quelli relativi alla gestione di gare di appalto o di bandi pubblici. Per essi si rinvia a www.agendadigitale.eu/documenti/blockchain-e-pa-i-casi-di-successo-in-italia-e-nel-mondo/.

periodicamente si lega in forma crittografica con quello di nuova creazione, attraverso le c.d. “transazioni”, che designano l’inserimento di un’informazione della *blockchain*. Una volta inserita, l’informazione non sarà più modificabile. La transazione avviene attraverso l’uso di una coppia di chiavi, l’una pubblica (in sostanza un codice che rimane sempre verificabile sulla *blockchain* ed ha la funzione di permettere il riconoscimento di chi la detiene) e l’altra privata (che permette all’utente di scrivere le informazioni). Distingue diverse tipologie di *blockchain* chiarendo quale sia compatibile con l’impiego da parte della pubblica amministrazione M. MACCHIA, *Blockchain e pubblica amministrazione*, in *federalismi.it*, 2/2021, pp. 120 ss.

³¹ Sullo stato di attuazione dell’art. 8 – ter v. M. MACCHIA, *Blockchain e pubblica amministrazione*, cit., pp. 125 s.

nell'ottica della prevenzione della corruzione, oltre che della maggiore trasparenza ed efficienza della pubblica amministrazione³⁵, non pare, quantomeno allo stato, che vi siano esperienze specifiche in cui essa abbia trovato applicazione nella fase della valutazione degli interessi, oggetto precipuo delle presenti riflessioni, se si esclude il profilo prima ipotizzato della certificazione "notarile" della documentazione acquisita al procedimento³⁶.

5. Ai fini che qui interessano, invece, le tecnologie informatiche possono certamente favorire una più ampia istruttoria, assicurando la più larga partecipazione dei cittadini, che può realizzarsi per via telematica; nonché valutando una serie notevole di dati, anche incrociando banche dati, come solo l'applicazione di algoritmi può consentire. E l'ampiezza dell'istruttoria, di per sé, assicura maggiore imparzialità amministrativa (principio costituzionale che più di ogni altro può ritenersi alla base degli istituti volti alla prevenzione della corruzione³⁷), nella misura in cui la rappresentazione appropriata di una pluralità di interessi porta naturalmente a ridimensionare ed emarginare gli interessi parziali, che altrimenti potrebbero essere privilegiati a causa della corruzione; ma anche a coinvolgere più attori, che sono portati per ciò solo a vigilare maggiormente sul contenuto delle decisioni adottate.

Di fatto, il tema assume rilievo non tanto con riferimento alla partecipazione del cittadino (o meglio dei cittadini) interessato(i) al singolo procedimento, per la quale, peraltro, un approccio telematico pure potrebbe risultare utile³⁸, ad esempio per monitorare l'andamento del procedimento nelle sue sub-fasi

e favorire il rispetto del principio di "temporalizzazione" dell'attività amministrativa (art. 2 l. 241/90), dietro le cui violazioni (e dietro l'elusione dell'ordine cronologico nell'espletare le pratiche amministrative) si celano spesso condotte corruttive³⁹. Evidentemente, la questione riguarda soprattutto l'assunzione di decisioni pubbliche aventi il carattere di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione, per i quali si esclude, ex art. 13 l. n. 241/90, l'applicazione del capo III della legge generale sul procedimento amministrativo, relativo appunto alla partecipazione procedimentale degli interessati⁴⁰. Per questo tipo di atti a contenuto generale, l'esperienza delle consultazioni pubbliche in via telematica è particolarmente sviluppata a livello euro-unitario, ove si propongono "quali efficaci strumenti offerti ai cittadini e agli altri soggetti interessati per interloquire nei procedimenti decisionali in vista della assunzione di scelte trasparenti, proporzionate ed efficaci"⁴¹.

L'ordinamento italiano già prevede in settori specifici il ricorso alla consultazione pubblica, ad esempio per gli atti di natura regolamentare o a contenuto generale delle *Authorities* ovvero per l'assunzione di talune decisioni in materia ambientale, in ossequio ai principi della Convenzione di Aarhus del 1998⁴². L'istituto trova, in particolare, una sua concretizzazione nell'art. 24-bis, introdotto nel *corpus* del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (recante "norme in materia ambientale") dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104, in base al quale, nei procedimenti di Valutazione di impatto ambientale (VIA) l'autorità competente provvede alla consultazione dei consociati attraverso il modulo partecipativo della c.d. "inchiesta pubblica"⁴³. Sostanzialmente analogo è poi l'istituto del

³⁹ La cronaca è piena di episodi di corruzione legati a funzionari infedeli che percepiscono danaro o altre utilità per anticipare il disbrigo di pratiche rispetto all'ordine cronologico. V., ad esempio, Redazione Parmapress24, *Hai fretta di avere il permesso di soggiorno? "400 euro". Arrestata poliziotta*, in www.parmapress24.it/2021/01/22/hai-fretta-di-avere-il-permesso-di-soggiorno-arrestata-poliziotta/ del 22 gennaio 2021.

⁴⁰ In tema v. C. BENETAZZO, *Intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione*, Relazione alla Seconda Conferenza "Le nuove tecnologie per il diritto pubblico", Firenze, 22-23 novembre 2019, in *federalismi.it*, 16/2020, pp. 24 ss., ma soprattutto pp. 28 ss.

⁴¹ G. PEPE, *Principio di partecipazione e consultazioni pubbliche*, in www.comparazioneidiritto.it, n. 11/2018, p. 8. Sulle consultazioni telematiche svolte dalla Commissione europea v. anche C. PESCE, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell'Unione europea*, Napoli, 2016, p. 120 ss.

⁴² G. LO CASCIO, *Consultazioni pubbliche "online": quadro normativo e analisi di casi*, in *Informatica e diritto*, 2/2016, pp. 63 ss.

⁴³ Il d.lgs. n. 152/2006 promuove la consultazione popolare soprattutto riconoscendo un ampio diritto di accesso alle informazioni ambientali, nonché conferendo facoltà partecipative a scopo collaborativo (artt. 3-sexies e 5 co. 1-ter, lett. t e art. 24, co. 653). La consultazione è

³⁵ Essa certamente può costituire un validissimo strumento di semplificazione e accelerazione dell'azione amministrativa, se solo si pensa alla possibilità che alcune certificazioni siano potenzialmente utilizzabili ogni qual volta occorrono, senza bisogno di essere nuovamente emesse dalla pubblica autorità, proprio in virtù della immodificabilità dell'informazione che questa tecnologia garantisce.

³⁶ Per un'ampia disamina delle possibili applicazioni della *blockchain* si rinvia al "Libro bianco dell'ente di standardizzazione europeo CEN/CENELEC sulla *blockchain* ed i registri distribuiti (DLT)": *Recommendations for successful adoption in Europe of emerging technical standards on distributed ledger/blockchain technologies*, del 20 settembre 2018, rinvenibile in rete all'indirizzo www.money.it/IMG/pdf/fdg-bdlt-white-paper-version1.2.pdf.

³⁷ Sulle basi costituzionali della normativa tesa a prevenire la corruzione v. M. GALDI, *La corruzione come disvalore costituzionale*, in *Federalismi.it*, 20/2019, pp. 2 ss.

³⁸ Rileva, al riguardo, l'art. 3, comma 1 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'Amministrazione Digitale - CAD), come da ultimo modificato dall'art. 4, comma 1, lett. a), del d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, il quale prevede il "diritto di usare, in modo accessibile ed efficace, le soluzioni e gli strumenti" di cui al CAD in funzione, fra i vari obiettivi, della "partecipazione al procedimento amministrativo".

“dibattito pubblico” previsto nel codice degli appalti, all’art. 22 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, rubricato “trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico”, che si rinviene all’interno del titolo relativo alla “pianificazione, programmazione e progettazione”, modificato e aggiornato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56⁴⁴.

In via generale, tuttavia, è soprattutto nel disegno riformatore prefigurato nel 2015 che deve esser garantita ai cittadini “la partecipazione con modalità telematiche ai processi decisionali delle istituzioni pubbliche” ex art. 1, comma 1, lett. c, della l. 7 agosto 2015, n. 124. Va inoltre menzionato l’art. 2, comma 1, lett. b), della stessa legge, che prevede la delega al Governo per la ridefinizione dei tipi di conferenza, anche al fine di introdurre modelli di istruttoria pubblica per garantire la partecipazione telematica degli interessati al procedimento, limitatamente alle ipotesi di adozione di provvedimenti di interesse generale, in alternativa a quanto previsto dall’articolo 10 della l. n. 241/1990. In attuazione di queste previsioni, l’art. 9 del d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82 (Codice dell’Amministrazione Digitale), come modificato dal d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179, affida alle amministrazioni il compito di favorire “ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all’estero, al processo democratico e per facilitare l’esercizio dei diritti politici e civili e migliorare la qualità dei propri atti, anche attraverso l’utilizzo (...) di forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare”.

Ora, se indubbiamente questa forma di partecipazione risponde alla nuova visione di cittadinanza attiva, che si traduce nelle molteplici applicazioni dell’*e-democracy*, non bisogna nemmeno sottacere i potenziali rischi che ne derivano, se si considera che attraverso questi istituti partecipativi possono essere rappresentati nel procedimento, specie se sostenuti da forti gruppi economici in grado di orientare il consenso con campagne pubblicitarie incisive, interessi

sostanzialmente illeciti, che adeguatamente valorizzati dal titolare della funzione pubblica compiacente, favoriscano il compimento di atti corruttivi⁴⁵. Non va, peraltro, nemmeno sottovalutata la circostanza per cui il proliferare di informazioni può produrre l’effetto opposto rispetto a quello sperato ed atteso di una migliore istruttoria, lasciando margini di opacità alla decisione finale nei quali può annidarsi la corruzione.

Da questo punto di vista, sembra quindi preferibile la diversa strada che più di recente ha intrapreso il legislatore con il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, lì dove si configura la co-programmazione e la co-progettazione con gli enti del terzo settore come possibile strumento dell’azione amministrativa⁴⁶. Il coinvolgimento degli enti del terzo settore, che potrebbe parimenti operare attraverso la telematica, infatti, appare preferibile nella misura in cui vede privilegiare come interlocutore quella parte della società civile maggiormente ispirata alle logiche solidaristiche e proiettata al bene comune, che di fatto quotidianamente adempie ai doveri di solidarietà economica, politica e sociale di cui all’art. 2 Cost.; circostanza questa idonea a ridimensionare significativamente il rischio di forme partecipative, invece, potenzialmente proiettate alla valorizzazione indebita di interessi di parte⁴⁷.

⁴⁵ Ritene che una partecipazione generalizzata presenti il rischio che le posizioni espresse provengano da un’esigua minoranza del corpo sociale, che è facilmente manipolabile N. URBINATI, *Democrazia in diretta: le nuove sfide alla rappresentanza*, Milano, 2013, p. 14 ss. Esprime preoccupazione sulle forme di democrazia diretta, sia pure con riferimento alla previsione di un referendum propositivo in Costituzione M. GORLANI, *Il referendum propositivo e l’iniziativa popolare: l’esempio nordamericano e la prospettiva delle regioni italiane*, in *Le Regioni*, 3/2008, pp. 490 ss., ove in particolare si denuncia il rischio di iniziative demagogiche sostenute da gruppi di interesse dotati di risorse per una campagna elettorale che possa orientare il consenso (p. 491). Conf. S. RODRIGUEZ, *I limiti della democrazia diretta. L’iniziativa popolare nell’esperienza svizzera e statunitense, con uno sguardo all’Italia*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 2/2017, p. 497.

⁴⁶ Ci si permette di rinviare alle considerazioni già svolte in M. GALDI, *Terzo settore e codice degli appalti: una integrazione necessaria e dalle prospettive inesplorate*, in M. GALDI (a cura di), *Saggi di Diritto Pubblico*, Atene, 2020, p. 58, ove si richiama la *ratio* adottata dalla recente legge toscana n. 65 del 2020, che arriva a qualificare il ricorso al dialogo privilegiato con il terzo settore come la strada maestra che deve seguire la p.a. in ogni azione di programmazione, neppure limitatamente al settore dei servizi alla persona, rilevando come “tutto ciò apre la prospettiva di una vera e propria rivoluzione copernicana del diritto amministrativo italiano, nel quale il principio di solidarietà/sussidiarietà entri a pieno titolo come elemento connotante il *modus operandi* della pubblica amministrazione”.

⁴⁷ Sull’influenza della nuova disciplina dettata dal Codice del terzo settore sulla definizione degli interessi giuridicamente rilevanti ci si permette di rinviare a M. GALDI, *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale. Osservazioni a C.cost. 26 giugno 2020, n. 131*, in *federalismi.it*, 32/2020.

definita come “l’insieme delle forme di informazione e partecipazione, anche diretta, delle amministrazioni, del pubblico e del pubblico interessato nella raccolta dei dati e nella valutazione dei piani, programmi e progetti”. Al riguardo v. G. PEPE, *La democrazia partecipativa ambientale tra ordinamenti sovranazionali ed ordinamento italiano*, in *federalismi.it*, 2/2020, pp. 179 ss.

⁴⁴ M. CARDONE, *Modelli di dialogo tra pubblico e privato nel settore dei contratti pubblici: il caso del dibattito pubblico*, in AA.VV., *I contratti delle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, a cura di F. LIGUORI, Cleup, 2019; A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 3/2015, p. 1187 ss.; G. DI GASPARE, *Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*; A. CAPUSSELA, *Il dibattito pubblico tra improvvisazione e vincoli*, in *Il Mulino*, 3/2020, pp. 489 ss.; L. CONTE, *Questioni costituzionali in tema di opinione pubblica*, in *federalismi.it*, 11/2020, pp. 306 ss.

6. Va, poi, richiamato l'ulteriore sviluppo che vede il passaggio dal "documento" al "dato" e riguarda evidentemente l'uso che dei dati può fare la pubblica amministrazione proprio in sede istruttoria⁴⁸: è questo il tema dell'istruttoria per algoritmi⁴⁹.

Come è stato notato, le pubbliche amministrazioni dispongono oggi di una mole imponente di informazioni e devono dotarsi di strumenti adeguati per gestirle⁵⁰. E non vi è dubbio che questa ricchezza di dati, in uno alla presenza di apparecchiature e *software* che consentono di elaborarli e confrontarli anche "incrociando" differenti banche dati, permetta un'istruttoria più ampia e articolata, che di per sé può presentare la positiva ricaduta di ridurre i margini di incidenza dei fenomeni corruttivi.

Il Codice dell'Amministrazione Digitale, in vero, non si riferisce mai espressamente all'uso degli algoritmi, anche se in esso si rinviene, all'art. 1, in cui sono date le definizioni, una perifrasi equivalente nella lettera l-bis, dove, con riferimento al "formato aperto" dei dati si precisa che esso consiste in "un formato di dati reso pubblico, documentato esaurientemente e neutro rispetto agli *strumenti tecnologici necessari per la fruizione dei dati stessi*" (cioè agli algoritmi, appunto). Viceversa, si rinviene espressamente nel CAD una disciplina dettagliata relativa alla disponibilità dei dati da parte delle pubbliche amministrazioni, nell'art. 50, ove si chiarisce, fra l'altro, al comma 1, che "i dati delle pubbliche amministrazioni sono formati, raccolti, conservati, resi disponibili e accessibili con l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione che ne consentano la fruizione e riutilizzazione, alle condizioni fissate dall'ordinamento, da parte delle altre pubbliche amministrazioni e dai privati"; e, al comma 2, che "qualunque dato trattato da una pubblica amministrazione (...) è reso accessibile e fruibile alle altre amministrazioni quando l'utilizzazione del dato sia necessaria per lo svolgimento dei compiti istituzionali dell'amministrazione richiedente, senza

oneri a carico di quest'ultima, salvo per la prestazione di elaborazioni aggiuntive"; al comma 2 *bis* si prevede che "le pubbliche amministrazioni, nell'ambito delle proprie funzioni istituzionali, procedono all'analisi dei propri dati anche in combinazione con quelli detenuti da altri soggetti di cui all'articolo 2, comma 2" del d.lgs. n. 82/2005, secondo le modalità individuate dall'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) con Linee guida; all'art. 50 *ter*, infine, si prevede la realizzazione da parte della Presidenza del Consiglio dei ministri di una Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND) "finalizzata a favorire la conoscenza e l'utilizzo del patrimonio informativo detenuto, per finalità istituzionali, dai soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, nonché la condivisione dei dati tra i soggetti che hanno diritto ad accedervi ai fini della semplificazione degli adempimenti amministrativi dei cittadini e delle imprese (...) "⁵¹.

Dunque, pur in mancanza di un riferimento espresso agli algoritmi e pur difettando nel CAD una loro specifica disciplina, si rinviene in esso un evidente *favor* per l'utilizzo e l'elaborazione dei dati nell'ambito delle "funzioni istituzionali" delle pubbliche amministrazioni: utilizzo reso gratuito anche per i dati in possesso di altre amministrazioni e facilitato attraverso l'istituzione della "Piattaforma Digitale Nazionale Dati"⁵².

Nel silenzio della legge sul possibile utilizzo dei dati da parte delle pp.aa., una serie di regole, invece, è al riguardo già fornita dalla giurisprudenza, in specie quella dei giudici amministrativi, a partire dalla storica decisione del TAR Lazio, Sez. Terza-*bis*, n. 9224 del 10 settembre 2018⁵³, intervenuta in materia di utilizzo degli algoritmi per i trasferimenti e l'assegnazione della sede scolastica agli insegnanti⁵⁴, e dalla successiva decisione del Consiglio di Stato intervenuta con

⁵¹ In base a questa disposizione (comma 2), "la Piattaforma Digitale Nazionale Dati è gestita dalla Presidenza del Consiglio dei ministri ed è costituita da un'infrastruttura tecnologica che rende possibile l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di servizi pubblici per le finalità di cui al comma 1, mediante l'accreditamento, l'identificazione e la gestione dei livelli di autorizzazione dei soggetti abilitati ad operare sulla stessa, nonché la raccolta e conservazione delle informazioni relative agli accessi e alle transazioni effettuate suo tramite". La materia è stata oggetto di ulteriore disciplina con il "DL Semplificazioni" (DL 16 luglio 2020, n. 76, convertito nella l. 11 settembre 2020, n. 120), che ha introdotto importanti misure di efficientamento per la sua gestione (artt. 34 ss.).

⁵² B. CAROTTI, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Gior.dir.amm.*, 1/2020, pp. 5 ss.

⁵³ Sulla cui scia si pongono le sentenze dello stesso collegio e di pari data, da 9225 a 9230/2018; nonché la sentenza 9 novembre 2018, n. 10828, tutte reperibili in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁴ Si tratta dei docenti immessi in ruolo nella c.d. "fase C" del piano straordinario assunzionale di cui alla L. n. 107/2015 su posti di potenziamento, di sostegno o su posto comune nella scuola secondaria di primo grado, i quali hanno impugnato gli esiti della procedura nazionale di mobilità, attuata con ordinanza ministeriale n. 241/2016 in attuazione dell'art. 1, co. 108 della legge citata.

⁴⁸ D.U.GALETTA, *Open Government, Open Data e azione amministrativa*, in *Ist. Fed.*, 3/2019, pp. 671 ss., il quale configura una nuova funzione amministrativa volta alla organizzazione, fruizione e gestione dei dati.

⁴⁹ Configura un "passaggio da un'istruttoria per fatti e documenti, ad una incentrata sui dati e sulle informazioni da questi ricavabili" G. CARULLO, *"Open Data" e partecipazione democratica*, in *Ist.Fed.*, 3/2019, p. 690.

⁵⁰ G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale, Open Data e algoritmi*, in *Ist Fed.*, 3/2019, p. 602. In tema v. anche M. FALCONE, *"Big data" e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 3/2017, pp. 23 ss. Si è di recente rilevato che negli ultimi anni il numero dei dati a disposizione delle pp.aa. è in crescita esponenziale: verrebbero creati ogni giorno 2,5 miliardi di *byte* di dati e il 90% dei dati esistenti nel mondo risulterebbe generato solo negli ultimi due anni. Cfr. S. CHIGNARD - L.D. BENYAYER, *Datanomics*, Roubaix, Editions Fyp, 2015, p. 17.

la sentenza n. 8472/2019⁵⁵. Al riguardo va segnalato che ad una impostazione prudente, se non addirittura sospettosa rispetto all'uso degli algoritmi, considerati solo in un'ottica strumentale e servente rispetto al ruolo del funzionario ed alla sua discrezionalità da parte del TAR Lazio⁵⁶, ha fatto seguito una significativa apertura del Consiglio di Stato, che, pur confermando l'arresto impugnato, si è basato su argomenti affatto diversi. In questa decisione, infatti, si legge che è assolutamente legittimo, anzi auspicabile, affidare la procedura amministrativa ad un *software* in cui siano immessi i dati, al fine di pervenire, attraverso forme di automazione, alla decisione finale⁵⁷. Infatti - e questa considerazione riguarda direttamente il tema qui trattato - una simile scelta comporta "numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata"⁵⁸. E, tuttavia, ciò è possibile, evidentemente, quando si è in presenza di dati certi, oggettivamente comprovabili e di procedure seriali o standardizzate, nonché quando difetti ogni margine di discrezionalità⁵⁹. Inoltre, vanno salvaguardati due elementi, definiti dallo stesso Consiglio di Stato "di minima garanzia": "a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati⁶⁰; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter

svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo"⁶¹. A questi due elementi di garanzia, il Consiglio di Stato ne aggiunge un terzo, ricavandolo dal considerando n. 71 del Regolamento UE n. 679/2016, quello di "non discriminazione algoritmica"⁶².

Emergono, quindi, alcuni principi, sia dalla giurisprudenza che dalla disciplina di rango euro-unitario, che attenta dottrina ha sintetizzato nel "principio di conoscibilità"⁶³, nel principio di "non esclusività della decisione algoritmica"⁶⁴ e nel principio della "non discriminazione algoritmica"⁶⁵.

trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico". Infatti, "la «caratterizzazione multidisciplinare» dell'algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la "formula tecnica", che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella "regola giuridica" ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile. Con le già individuate conseguenze in termini di conoscenza e di sindacabilità".

⁶¹ Punto 12 del considerato in diritto: "in particolare, la conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare - e conseguentemente sindacabili - le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato".

⁶² Secondo cui "è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali, secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti". Punto 15.3 del considerato in diritto, ove si legge anche: "in questi casi occorrerebbe rettificare i dati in "ingresso" per evitare effetti discriminatori nell'output decisionale; operazione questa che richiede evidentemente la necessaria cooperazione di chi istruisce le macchine che producono tali decisioni".

⁶³ Per cui ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino ed in questo caso a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata. Al riguardo si veda E. FALLETTI, *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2/2020, pp. 169 ss.

⁶⁴ Per cui ove una decisione automatizzata "produca effetti giuridici che riguardano o che incidano significativamente su una persona", questa ha diritto a che tale decisione non sia basata unicamente su tale processo automatizzato, ma sia imputabile al titolare del potere amministrativo.

⁶⁵ Per il quale è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori.

⁵⁵ Cons. Stato, sez. VI, sentenza 13 dicembre 2019, n. 8472, Pres. Montedoro - Est. Ponte. Rinvenibile sul sito www.giustiziaamministrativa.it.

⁵⁶ Si legge nella sentenza del TAR, al punto 3.1. del considerato in diritto: "ritiene la Sezione che alcuna complicatezza o ampiezza, in termini di numero di soggetti coinvolti ed ambiti territoriali interessati, di una procedura amministrativa, può legittimare la sua devoluzione ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimenti incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati e di conseguenziali ovvie ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione. Un algoritmo, quantunque, preimpostato in guisa da tener conto di posizioni personali, di titoli e punteggi, giammai può assicurare la salvaguardia delle garanzie procedurali che gli artt. 2, 6, 7, 8, 9, 10 della legge 7.8.1990 n. 241 hanno apprestato, tra l'altro in recepimento di un inveterato percorso giurisprudenziale e dottrinario".

⁵⁷ Punto 9.1. delle considerazioni in diritto, secondo cui "la piena ammissibilità di tali strumenti risponde ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. n. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale".

⁵⁸ Punto 9.2 del considerato in diritto.

⁵⁹ Punto 9.1 del considerato in diritto.

⁶⁰ Punto 13.1 del considerato in diritto, secondo cui: "la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) debba essere «conoscibile», secondo una declinazione rafforzata del principio di

Sia pure alle condizioni appena definite e nei casi in cui sia possibile un processo di automazione, in ragione della limitata complessità dell'attività istruttoria, va sottolineato come si possa registrare, dunque, una considerevole apertura anche da parte della giurisprudenza amministrativa, che auspica si ricorra sempre più spesso agli algoritmi⁶⁶. Ove, infatti, la standardizzazione delle procedure è possibile, non pare sussistano impedimenti o criticità particolari, salvo la garanzia che i dati utilizzati dalla p.a. siano “costantemente aggiornati, alimentati da nuove fonti, completi e veritieri”⁶⁷; nonché salvo quanto si dirà relativamente alla necessità di un monitoraggio tecnico qualificato sul funzionamento degli algoritmi e sulla loro possibile manomissione.

7. Da quanto precede si può far discendere che l'utilizzo degli algoritmi nella pubblica amministrazione sia possibile soprattutto con riguardo alla fase istruttoria del procedimento amministrativo. Diverso è l'approccio ove si intenda prefigurare una vera e propria “decisione amministrativa per algoritmi”.

Il primo paletto lo pone al riguardo il Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali (GDPR)⁶⁸, per il quale ciascuno ha il diritto “di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona” (art. 22, comma

1), a meno che non ricorrano tre esplicite condizioni previste subito dopo dal comma 2 del medesimo articolo: a) che questa decisione “sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento”; b) che essa “sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato”; “c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato”⁶⁹. In ogni caso, il successivo art. 23 chiarisce che le norme euro-unitarie o nazionali in tanto possono limitare il diritto enunciato nell'art. 22 GDPR, in quanto la decisione algoritmica rispetti “l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per salvaguardare” una serie, per quanto ampia, di interessi pubblici qualificati⁷⁰.

Proprio l'ampiezza della breccia lasciata aperta dal Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali⁷¹, tuttavia, fa sì che i margini operativi della decisione algoritmica siano allo stato ancora ampi e meritino, pertanto, una appropriata considerazione in questa sede.

Invero, di primo acchito, anche alla luce della giurisprudenza amministrativa prima esaminata, il tema della decisione per algoritmi sembrerebbe riguardare solo procedure seriali o standardizzate, connotate dall'assenza di apprezzamento discrezionale e comunque dall'alto tasso di vincolatività, non incidendo, quindi,

⁶⁹ Peraltro, in questo caso, il titolare del trattamento è tenuto ad “attuare misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, quantomeno con riferimento al diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione”. In mancanza del consenso dell'interessato, invece, la decisione amministrativa basata unicamente sul trattamento automatizzato è ammissibile nei soli casi previsti dalla legge nazionale o dalla disciplina comunitaria e, in ogni caso, in presenza dell'assunzione da parte del titolare del trattamento di “misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato”.

⁷⁰ Essi sono: “a) la sicurezza nazionale; b) la difesa; c) la sicurezza pubblica; d) la prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica; e) altri importanti obiettivi di interesse pubblico generale dell'Unione o di uno Stato membro, in particolare un rilevante interesse economico o finanziario dell'Unione o di uno Stato membro, anche in materia monetaria, di bilancio e tributaria, di sanità pubblica e sicurezza sociale; la salvaguardia dell'indipendenza della magistratura e dei procedimenti giudiziari; g) le attività volte a prevenire, indagare, accertare e perseguire violazioni della deontologia delle professioni regolamentate; una funzione di controllo, d'ispezione o di regolamentazione connessa, anche occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri nei casi di cui alle lettere da a), a e) e g); i) la tutela dell'interessato o dei diritti e delle libertà altrui; j) l'esecuzione delle azioni civili”.

⁷¹ Ritiene e che l'ampiezza dell'elencazione sia “tale da potere esaurire, o quasi, l'ambito dei compiti svolti dalle Amministrazioni Pubbliche”, D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Open Government, Open Data e azione amministrativa*, cit., p. 17.

I tre principi sono analizzati in D. U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, 3/2019, pp. 14 ss.

⁶⁶ G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale*, cit., p. 600, che definisce algoritmo come “un insieme di operazioni logiche che, a partire da determinati dati in ingresso, fornisce, attraverso una sequenza finita di passaggi, determinati dati in uscita”. Definisce invece l'algoritmo “un insieme ordinato e finito di operazioni che consente di trovare la soluzione ad un problema” I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Ist Fed.*, 3/2019, p. 645. Occorre ricorrere agli algoritmi specialmente nei casi in cui le pp.aa. debbano assumere decisioni in presenza di contesti multifattoriali ove gli ordinari “criteri decisionali hanno difficoltà ad andare oltre un certo grado di raffinatezza” a giudizio di J.B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Ist. Fed.*, 3/2019, p. 623, che fa i casi di ammissione a scuole e università, servizi sociali e pianificazione urbanistica.

⁶⁷ G. CARULLO, “Open Data” e partecipazione democratica, cit., p. 691.

⁶⁸ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati), reperibile in <https://eurlex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. L'ordinamento italiano si è adeguato con il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101.

se non marginalmente, sul tema qui trattato, che valorizza la ponderazione degli interessi⁷². E, tuttavia, si è sostenuto che sia comunque possibile l'automazione se la p.a. si pone autolimiti riducendo il proprio tasso di discrezionalità: "in buona sostanza, la natura discrezionale di un potere di valutazione non costituisce pertanto ostacolo all'automazione, ove sia possibile o obbligatorio (in applicazione delle previsioni in materia di autolimiti della p.a.) prevedere dei criteri generali di valutazione che vengano a «ridurre» il tasso di discrezionalità fino ad un livello compatibile con l'automazione"⁷³. In questa ottica la "decisione amministrativa per algoritmi" risulterebbe compatibile con la gestione discrezionale degli interessi.

Si pone, però, a questo punto, il problema del "limite all'auto-limite": la giurisprudenza anche della Corte costituzionale è ritornata di frequente sul ruolo della discrezionalità amministrativa come potere di discernere che non può essere eliminato dal legislatore che decida *una tantum*⁷⁴; ma la stessa logica pare debba applicarsi anche nei confronti della pubblica amministrazione che, illegittimamente, si privi del potere di discernimento pur di ricorrere a procedimenti informatici per rendere la propria azione più veloce ed efficace⁷⁵, a scapito però di un'equa ponderazione degli interessi, che impone il principio costituzionale di imparzialità⁷⁶.

⁷² G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale*, cit., p. 601, nt. 17, per il quale le decisioni dal contenuto politico sono quelle che definiscono assetti di interesse e trovano la loro legittimazione sull'indiretta appartenenza della p.a. al circuito democratico o sulla specifica qualità tecnico-specialistica delle persone che assumono le decisioni. Che gli algoritmi servano solo per esercitare potestà vincolate oppure potestà connotate da bassa discrezionalità è sostenuto da I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione*, cit., p. 647. Parla dell'atto vincolato come del "cavallo di Troia" attraverso il quale l'atto ad elaborazione elettronica sta entrando nella prassi delle pp.aa. L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *federalismi.it.*, 12/2018, p. 5. Troviamo un caso di atto vincolato in P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *federalismi.it.*, 2/2018, p. 15, il quale fa l'esempio in cui "il computer – opportunamente impostato secondo parametri tecnici che riflettano il contenuto delle norme in materia di limiti di velocità nella circolazione stradale –, accertato attraverso tecnologie adeguate il superamento del limite, irroga la sanzione amministrativa prescritta per tale ipotesi ed elabora il relativo provvedimento".

⁷³ L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo*, cit., p. 28.

⁷⁴ Si può fare il caso di C.cost., 5 luglio 2018, n. 140, per la quale ci si permette di rinviare a M. GALDI, *Incostituzionalità della previsione di linee guida regionali in tema di acquisizione al patrimonio comunale di immobili abusivi e limiti delle leggi provvedimento. Un commento a prima lettura di C. cost.*, 5 luglio 2018, n. 140, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018. In questo commento è possibile rinvenire ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

⁷⁵ P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., p. 25.

⁷⁶ Sulla imparzialità in senso "istituzionale" come necessaria ponderazione di interessi si rinvia alla descrizione della dottrina giuridica già svolta in M. GALDI, *Buon andamento, imparzialità e discrezionalità amministrativa*, Liguori Editore, Napoli, 1996, pp. 95-126.

Di recente sposa questa linea il Consiglio di Stato, che nel rendere parere sullo schema di Regolamento predisposto dal Ministro per la pubblica amministrazione, recante le modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici (*e-procurement*)⁷⁷, ha rinviato al mittente la proposta proprio sull'assunto che la discrezionalità tecnica della stazione appaltante, indispensabile soprattutto per le procedure in cui la scelta del contraente sia affidata al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non può essere sacrificata nel nostro ordinamento sull'altare dei valori della celerità e dell'efficienza⁷⁸.

Se non par dubbio, peraltro, che la decisione per algoritmi, come lo stesso Consiglio di Stato ha riconosciuto⁷⁹, possa configurarsi come funzionale alla lotta alla corruzione (essa, infatti, come è stato notato, oltre ad abbreviare la durata dei procedimenti, "esclude interferenze derivanti da condotte non corrette")⁸⁰, va pure sottolineato che essa non è del tutto esente da rischi, anche gravi, se è vero che "la *governance* algoritmica potrebbe creare un potere regolativo occulto e, in ogni caso, opaco per tutti coloro che non abbiano accesso all'algoritmo o non siano in grado di interpretarlo"⁸¹. Quindi, dietro l'algoritmo, potrebbero celarsi raffinati e difficilmente percepibili atti di corruzione. In questo senso, la problematica si pone soprattutto con riferimento alla difficoltà di realizzare forme reali di trasparenza amministrativa di fronte a decisioni assunte per mezzo di algoritmi, lì dove la trasparenza presuppone un cittadino particolarmente qualificato e istruito (c.d. "pubblico critico")⁸²; ma va da sé che difficilmente

⁷⁷ Cons. St., sez. atti norm., 26 novembre 2020, n. 1940 – Pres. Volpe, Estt. Neri, Pizzi.

⁷⁸ Di contrario avviso sembra essere Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, punto 11 del considerando in diritto, per il quale "se il ricorso agli c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità. Piuttosto, se nel caso dell'attività vincolata ben più rilevante, sia in termini quantitativi che qualitativi, potrà essere il ricorso a strumenti di automazione della raccolta e valutazione dei dati, anche l'esercizio di attività discrezionale, in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e, più in generale, dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi". Sulla scia di questa decisione si pone anche Cons. St., Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, con commento di G. GALLONE – A.G. OROFINO, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur.it.*, 7/2020, pp. 1738 ss., in cui il Supremo consesso pare propendere per l'applicabilità degli algoritmi anche in presenza di provvedimenti discrezionali, sia pure a condizione che l'attività condotta mediante strumenti telematici sia trasparente e si possa operare una piena imputazione dell'atto e delle responsabilità alla persona fisica del funzionario.

⁷⁹ Cons. St., n. 8472/2019, cit.

⁸⁰ G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale*, cit., p. 605.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Ritiene che per superare questa criticità basterebbe un "pre-software redatto in lingua italiana" e si perverrebbe ad una chiara distinzione tra l'atto amministrativo contenente le regole per la

si è in presenza di cittadini così qualificati e con competenze sufficienti per la comprensione degli algoritmi⁸³.

Il problema accennato si pone a maggior ragione per la c.d. “intelligenza artificiale”, quella cioè in grado di imparare per proprio conto e di perfezionare gli approcci, incrociando dati, senza fornire spiegazioni dei processi logici seguiti⁸⁴. Questo tipo di tecnologia, ove utilizzata come strumento decisorio, idoneo ad eliminare del tutto la mediazione umana, presenta oggettive carenze sul piano dell'emersione della motivazione del provvedimento che la rende poco compatibile con i diritti dei cittadini; ma anche poco trasparente rispetto ai possibili rischi di incidenza della corruzione⁸⁵. Sembra, pertanto, da escludere recisamente il ricorso all'azione amministrativa automatizzata che operi attraverso il *machine learning*, oltre che in presenza di scelte implicanti forme di discrezionalità

programmazione (che potrebbe assumere, a seconda dei casi, natura di atto normativo o generale-strumentale) e il vero e proprio “software ... prodotto in linguaggio diverso dalla lingua italiana, da un tecnico spesso esterno alla pubblica amministrazione... (e che) non è un atto amministrativo, né particolare, né generale bensì l'esecuzione di un incarico professionale, basato su un atto amministrativo”. L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo*, cit., p. 11. Sulla asimmetria di potere tra chi controlla gli algoritmi e gli utenti riflette F. FAINI, *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, cit., p. 88.

⁸³ Da questo punto di vista sembra condivisibile l'impostazione giurisprudenziale secondo cui sussiste la “necessità che la formula tecnica, che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella regola giuridica ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice”. Cons. St., Sez. VI, n. 2270/2019, punto 8.3. del considerando in diritto. Così come appare legittimo e più che giustificato il ricorso da parte del giudice a consulenze tecniche d'ufficio, che gli consentano di verificare se effettivamente la formula tecnica in cui consiste l'algoritmo corrisponda alla regola giuridica che si assume esservi sottesa.

⁸⁴ L'Unione europea ricomprende nella nozione di intelligenza artificiale (IA) “sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi”: i sistemi basati sull'intelligenza artificiale possono consistere in «software che agiscono nel mondo virtuale (per esempio assistenti vocali, software per l'analisi delle immagini, motori di ricerca, sistemi di riconoscimento vocale e facciale)» oppure «incorporare l'IA in dispositivi hardware (per esempio in robot avanzati, auto a guida autonoma, droni o applicazioni dell'Internet delle cose)”. Comunicazione della Commissione europea, «*L'intelligenza artificiale per l'Europa*», COM (2018) 237 final del 25 aprile 2018.

⁸⁵ Sottolinea la difficoltà di ricavare una motivazione del provvedimento, quando è utilizzata l'intelligenza artificiale, F. FAINI, *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, in *federalismi.it*, 16/2020, p. 84, secondo la quale “l'approccio su cui è basata l'intelligenza artificiale non è fondato su spiegazioni causali e logico-deduttive, dal momento che si affida a connessioni e inferenze tra dati e poggia sulla probabilità: è distante dalla logica tipica del ragionamento umano, basata su ipotesi predeterminate e nessi di causalità, determinando talvolta difficoltà di comprensione circa le motivazioni (il “perché”) delle risposte fornite”. Nello stesso senso v. E. CHRIS REED - S. KENNEDY - S. NOGUEIRA, *Responsibility, Autonomy and Accountability: legal liability for machine learning*, Microsoft Cloud Computing Research Centre Paper presented at the 3rd Annual Symposium 8-9 September 2016, Queen Mary University of London, *School of Law Legal Studies Research*, Paper n. 243/2016, p. 4.

“politica”⁸⁶ o “tecnica”⁸⁷, anche nel caso di azioni materiali o formali, allorché non sia possibile rendere ragione nella motivazione del provvedimento della scelta assunta. A meno che la decisione finale non sia comunque assunta dal funzionario competente, il quale possa motivatamente discostarsi dalla sintesi algoritmica, secondo il modello del rapporto fra responsabile del procedimento privo di poteri decisorio e il titolare di questi poteri. Evidentemente, però, in questo caso si ricadrebbe nella fattispecie in precedenza esaminata dell'istruttoria per algoritmi.

In ultima analisi, il problema che l'intelligenza artificiale applicata alla decisione amministrativa non sembra poter risolvere è quello della responsabilità del decisore, nella misura in cui in ogni caso il provvedimento amministrativo dovrà sempre essere imputabile alla responsabilità del titolare dell'organo che utilizza la macchina⁸⁸: tanto in applicazione di un principio, come si è visto, di elaborazione giurisprudenziale... ma sostanzialmente di ordine costituzionale.

Una lettura sistematica della Costituzione, infatti, ci permette di affermare che l'azione amministrativa deve in ogni caso essere imputabile ad un funzionario responsabile: l'art. 28 Cost., che disciplina le diverse forme di responsabilità del pubblico funzionario, si pone non a caso a conclusione del titolo I della Parte I della Carta, dedicato ai diritti civili, proprio perché questa responsabilità si configura come una delle principali garanzie di tali diritti, non potendo quindi essere in nessun caso elusa⁸⁹.

D'altronde, non va sottovalutata la funzione generale di prevenzione della corruzione che svolge la responsabilità nelle sue differenti articolazioni, come

⁸⁶ I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, cit., p. 660.

⁸⁷ Si rinvia al Parere del Consiglio di Stato citato, *retro*, alla nt. 77.

⁸⁸ Fra gli altri, analizzano il tema della responsabilità G. COMANDÈ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra “liability” e “accountability”*. Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2019, pp. 169 ss. e M. D'AGOSTINO PANE-BIANCO, *Legal aspects and liability of Algorithm, in the light of the White Paper on AI of European Commission of February 2020*, in *federalismi.it*, 25/2020, pp. 81 ss.

⁸⁹ M. BENVENUTI, art. 28 Cost., in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, Utet, Torino, 2006, p. 585, per il quale “l'affermazione della responsabilità dei pubblici agenti si pone preliminarmente come strumento di oggettivazione e di garanzia effettiva delle libertà costituzionali enumerate”. Ed aggiunge: “non è affatto casuale che il tema che qui si affronta sia stato trattato all'interno della Sottocommissione competente ad occuparsi per l'appunto dei diritti e dei doveri dei cittadini e sia stato concepito in chiave di disposizione di chiusura del catalogo delle libertà civili enumerate, secondo una scelta di topografia costituzionale - ben nota ai costituenti attraverso l'influsso di altre esperienze straniere - che rimarrà inalterata sino all'approvazione finale del testo”.

sottoposizione del funzionario a conseguenze, di carattere risarcitorio o sanzionatorio, ricollegabili alla violazione di regole che pongono obblighi di servizio; se non altro per l'effetto che la responsabilità produce sul piano della "responsabilizzazione" (*accountability*), nel senso della maggiore attenzione che genera nell'assicurare il conseguimento dell'interesse generale⁹⁰.

8. Il tema trattato, avendo a che fare con gli sviluppi della tecnica, è potenzialmente inesauribile. La tumultuosa evoluzione delle tecnologie esistenti ovvero la scoperta di nuove tecnologie sono destinate naturalmente a riscrivere queste pagine, in un processo infinito: per cui non è possibile trarre conclusioni che si atteggiino realmente come tali.

Due riflessioni finali, tuttavia, sembrano necessarie.

La prima. Una cosa è certa: già oggi le tecnologie, a partire da quelle informatiche, ci pongono dinanzi a problemi nuovi, la cui soluzione non può che essere affidata a quel nucleo forte di valori della nostra civiltà giuridica espressi nella Costituzione, che sempre più spesso risultano insidiati e di cui sempre di più occorre, invece, rivendicare la centralità.

Abbiamo verificato questo assunto esaminando la problematica della responsabilità del funzionario ex art. 28 Cost., in riferimento ai provvedimenti amministrativi decisi tramite l'applicazione di algoritmi o di forme di intelligenza artificiale. Un ulteriore esempio della necessità stringente di applicare questi valori, pur in presenza della sacrosanta esigenza di prevenire fenomeni corruttivi, ci viene offerto adesso dalla Cina, dove da tempo si sperimentano sistemi informativi di lotta alla corruzione⁹¹. Nel grande Paese asiatico è di attualità la decisione (operativa dal 2020) di avviare un sistema di profilazione di massa, per cui a ciascun individuo viene associato un punteggio in relazione ai suoi

comportamenti⁹². La profilazione serve a valutare la moralità del cittadino, rilevando diverse condotte in negativo o in positivo: dal pagamento delle tasse agli adempimenti contrattuali, dalle sanzioni relative alla circolazione stradale alla corretta separazione dei rifiuti domestici, alla frequentazione di determinati siti web (es. gioco d'azzardo). Pare che la profilazione operi anche in ragione delle frequentazioni personali e delle opinioni espresse (ad esempio, non bisogna nemmeno nominare "piazza Tienammen"). Il cittadino che non raggiunge una certa soglia di punteggio può essere escluso dai servizi pubblici (es. trasporto pubblico) o dal diritto di espatrio⁹³, ovvero dalla possibilità di contrarre un mutuo o di ottenere un posto di lavoro⁹⁴. Quest'approccio, insieme alla diffusione sul territorio cinese di oltre 200 milioni di videocamere con riconoscimento facciale, che consentono di tracciare ogni movimento degli individui, apre una nuova stagione nel rapporto fra cittadini e potere in Cina, introducendo un meccanismo di controllo sociale, per quanto sofisticato e nell'applicazione di tecnologie all'avanguardia, sostanzialmente simile alla "infamia" medioevale⁹⁵.

Ora, è di tutta evidenza in che misura un simile progetto di controllo sociale possa operare nella direzione di ridurre i fenomeni corruttivi, lì dove i novelli "infami di diritto" saranno esclusi del tutto dal ricoprire incarichi nella pubblica amministrazione. D'altronde, sia pure in misura differente (e largamente condivisibile), alla logica dell'indegnità morale appartengono le limitazioni dell'elettorato passivo previste dalla "legge Severino" e dai relativi decreti legislativi di attuazione⁹⁶. Ciò nondimeno, è parimenti evidente che una scelta simile ripugni

⁹² F. COSTANTINI – G. FRANCO, *Decisione automatizzata, dati personali e pubblica amministrazione in Europa: verso un "Social credit system"*, in *Ist. Fed.*, 3/2019, p. 716.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ F. SUMAN, *Intelligenza artificiale: un codice etico per l'Unione Europea*, 18 dicembre 2018, in <https://ilbolive.unipd.it/it/news/intelligenza-artificiale-codice-etico-lunione>.

⁹⁵ Sul tema v. M. GALDI, *Dante e il diritto*, in *Rassegna di Studi e Ricerche Pubblicistiche*, Salerno, 2017, pp. 29 ss., ove si esamina il valore giuridico della reputazione in età medioevale e nell'opera del Sommo Poeta. Nel medioevo il disonore era considerato una circostanza giuridicamente rilevante: l'*infamia iuris*, come conseguenza del diritto, che poteva discendere direttamente per *sententiam* o dalla natura della pena inflitta (*ex genere poene*); l'*infamia facti*, ovvero il disonore diffuso nell'opinione pubblica, indipendentemente da una pronuncia del giudice. L'*infamia iuris* comportava come conseguenza una rilevante *diminutio* della capacità giuridica (J. STEINBERG, *Dante e i confini del diritto*, Viella, Roma, 2016, p. 15): all'infame di diritto era precluso di agire in rappresentanza di altri, di intervenire in giudizio per conto di terzi, di rendere testimonianza, di intentare una causa per danni ricevuti o di denunciare un cittadino non infame. L'*infamia facti* giustificava l'avvio di una indagine, l'uso della tortura e concorreva a suffragare una decisione di condanna in assenza di prove certe, per mera verosimiglianza.

⁹⁶ In tema, sia pure in senso critico, C. DI MARTINO, *La c.d. legge "Severino" ed il diritto a libere elezioni: i motivi imperativi di ordine democratico giustificano l'applicazione del decreto agli eletti in corso di mandato*, in *Rivista AIC*, 3/2018. Né dobbiamo dimenticare che l'idea dell'indegnità

⁹⁰ Ricostruisce il pensiero di Cesare Beccaria sulla prevenzione dei delitti M. PISANI, *Beccaria e la prevenzione dei delitti*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44/2015, pp. 911 ss.

⁹¹ Richiama nel suo saluto la sperimentazione svoltasi in Cina nel 2012, nota come "zero trust", il Rettore dell'Università di Salerno, V. LOIA, *retro*, p. 13. Ma v. anche S. CHEN, *Is China's corruption-busting AI system 'Zero Trust' being turned off for being too efficient?*, in *South China Morning Post* (scmp.com) del 4 febbraio 2019, reperibile in www.scmp.com/news/china/science/article/2184857/chinas-corruption-busting-ai-system-zero-trust-being-turned-being. È possibile rinvenire una nozione di profilazione nell'art. 4 § 1 RGPD: "qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica".

profondamente alla cultura giuridica se non occidentale, quantomeno europea, saldamente ancorata ai valori di libertà, dignità umana e Stato di diritto⁹⁷.

La seconda riflessione. La complessità delle problematiche esaminate con riferimento alle tecnologie informatiche - in particolare il grave rischio che dietro l'opacità degli algoritmi possano celarsi sofisticati atti di corruzione amministrativa - giustifica l'istanza, ancor più che di una disciplina compiuta, soprattutto di rango euro-unitario⁹⁸, di una Autorità indipendente che possa specificamente controllare i processi telematici applicati alla p.a., magari potenziando il ruolo e dotando di maggiori risorse l'Agenzia per l'Italia Digitale (AgId). Detta Autorità dovrebbe svolgere, accanto alle competenze già attribuite all'AgId⁹⁹, una generalizzata funzione di certificazione degli algoritmi attraverso analisi di impatto algoritmico¹⁰⁰, il controllo da remoto del loro funzionamento per prevenirne alterazioni, la verifica periodica del loro funzionamento¹⁰¹. Ma l'autorità, soprattutto, dovrebbe essere dotata di ampi poteri regolatori e di garanzia dei diritti dei cittadini, favorendo la sperimentazione di nuove prassi attraverso l'adozione di linee guida flessibili¹⁰², puntando a realizzare un progressivo ma al contempo

ragionevole e proporzionato ricorso alle tecnologie informatiche nell'attività della pubblica amministrazione, allorché ad essa competa la gestione di interessi.

Si tratta forse di una delle sfide più alte alla quale sia mai stata chiamata l'umanità nella sua storia: contemperare lo straordinario sviluppo delle tecnologie in atto, siano pure esse funzionali all'esigenza di prevenire il male assoluto della corruzione, con la garanzia dei diritti e, in ultima analisi, con la conservazione stessa dell'umano¹⁰³. Perché risuona ancora attuale, oggi come duemila anni fa, l'esclamazione di Cremete nell'*Heautontimorumenos* di Publio Terenzio Afro: *Homo sum, humani nihil a me alienum puto* (v. 77) ... a meno di non volerci - il titolo della commedia ci invita a riflettere - auto-infliggere punizioni.

morale non è certo estranea alla nostra Costituzione che, com'è noto, prevede all'art. 48, comma 4, la possibilità di limitare il diritto di voto "per incapacità civile o per effetto di sentenza penale irrevocabile o nei casi", appunto, "di indegnità morale indicati dalla legge".

⁹⁷ Espressamente sancisce che in Europa non potranno essere ammessi simili sistemi di sorveglianza, di raccolta dati e di profilazione di massa il codice etico predisposto dal Gruppo di Esperti di alto livello sull'intelligenza artificiale (AI HLEG) istituito dalla Commissione Europea. Cfr. F. SUMAN, *Intelligenza artificiale: un codice etico per l'Unione Europea*, cit.

⁹⁸ M. TRAPANI, *La prevenzione e il controllo della corruzione*, cit., p. 12.

⁹⁹ Per le quali si rinvia all'elencazione contenuta nel sito dell'AgId: www.agid.gov.it/it/agenzia/competenze-funzioni.

¹⁰⁰ G. ORSONI - E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale*, cit., p. 615, nt. 63.

¹⁰¹ J.B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, cit., p. 633, che cita a sua volta dottrina americana che avrebbe suggerito l'istituzione di una autorità indipendente, con il potere di autorizzare l'immissione sul mercato di algoritmi, per evitare che entrino in circolazione "algoritmi maligni". Dello stesso parere I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione*, cit., p. 661, per il quale occorre "la creazione di un organismo di supervisione. È necessaria la creazione di organismi specializzati di controllo in via amministrativa di carattere indipendente che abbiano una funzione di sorveglianza e di approvazione degli algoritmi come codici e del loro modo generale di operare, nonché di garanzia del loro corretto funzionamento".

¹⁰² Indubbiamente una disciplina più elastica, mediante le tecniche di *soft law*, è maggiormente confacente all'oggetto. Riflette sull'utilizzo di quell'"insieme eterogeneo" di strumenti rientranti nella nozione di *soft law* M.F. DE TULLIO, *La cultura-diritto sociale: il soft law dell'Unione Europea alla prova delle città*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020, disponibile in: <http://www.osservatorio-sullefonti.it>, pp. 858 ss.

¹⁰³ Sull'idea di una intelligenza artificiale "umano-centrica" è imperniato il codice etico dell'U.E., ricordato, *retro*, alla nt. 94. Cfr. S. GUIDA, *Per un'intelligenza artificiale che ispiri fiducia: la Commissione Europea pubblica le linee guida sull'etica dell'AI*, 15 aprile 2019, reperibile in www.dataprotectionlaw.it/2019/04/15/intelligenza-artificiale-commissione-europea-linee-guida-etical/. Si segnala, più di recente, una proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale, attualmente all'attenzione del Parlamento europeo e dal Consiglio, sul quale v. L. SOLI, R. VIOLA, *European Commission: "Here lies the true strength of our AI Regulation"*, 30 aprile 2021, in www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/european-commission-here-lies-the-true-strength-of-our-ai-regulation/.

Conclusioni del Convegno

di SALVATORE PRISCO

Il Convegno tenuto oggi (sia pure da remoto, per le note restrizioni imposte dalla pandemia da Coronavirus – 19) ha affrontato un tema attualissimo e molto interessante.

Non ho in verità alcun particolare titolo a concluderlo, se non l'affetto e l'amicizia che mi legano a Marco Galdi, suo attento organizzatore. Ci siamo conosciuti in tempi lontani, quando incominciava la carriera di ricercatore all'università di Salerno e io ero qui un giovane professore associato, in quella che allora si chiamava ancora Facoltà di Economia e Commercio, di Istituzioni di diritto pubblico, la materia che oggi vi insegna appunto lui, sicché (quando mi ha ricordato la circostanza del passaggio di testimone tra noi) non ho saputo, né potuto, negargli non solo la presenza, ma addirittura l'impegno a tentare di sintetizzarne i lavori.

Dicevo di non avere tuttavia particolare competenza sul tema perché non ho mai scritto nulla sull'oggetto della nostra riflessione collettiva di oggi, anche se avevo proposto all'epoca agli studenti salernitani alcuni seminari, invitandovi a intervenire i professori Adalgiso Amendola e Maria Rosaria Garofalo, della facoltà di Scienze Politiche, affinché ragazzi e ragazze che seguivano il mio corso potessero familiarizzarsi con le interconnessioni tra il diritto (in particolare, ma non soltanto) pubblico e appunto l'economia, ampliando la loro sensibilità critica verso le due materie, con visioni allora da noi innovative - sto parlando di più di trent'anni fa - tanto dell'uno, quanto dell'altra, sotto le specie dell'analisi economica del diritto e dell'economia istituzionale: com'è ovvio, l'intreccio tra corruzione, istituzioni ed economia è assai stretto.

Venendo ora al merito dei nostri lavori odierni, già i saluti istituzionali del Rettore, professore Loia e del Direttore del Dipartimento ospite, professore Coccorese, non sono stati semplicemente di rito: il primo ci ha informati di un'iniziativa cinese in materia di repressione della corruzione in cui è stata impiegata la telematica per monitorare il fenomeno, poi ridimensionata, ma solo perché non basta - egli ci ha detto - perseguire un fenomeno socialmente patologico, bensì occorre innanzitutto comprenderlo per sconfiggerlo. Occorre, insomma, guardare alle sue cause, conoscerlo e prevenire, invece che solo

reprimere (faccio notare che ci si riferiva ad azioni di contrasto messe in campo da un Paese il cui modello politico-istituzionale è appunto orientato al controllo autoritario della società).

Il secondo ci ha ricordato che, secondo un indice che misura la corruzione stimata dei Paesi sul piano comparato, l'Italia non è certo ai primi posti per virtuosità, mentre - se paragonassimo la nostra alla situazione dei Tedeschi, come facciamo anche in altri campi e fossimo quindi al loro posto in questa particolare classifica - il reddito individuale di ciascuno di noi, neonati compresi, aumenterebbe di ottocento euro al mese. Ridurre la corruzione pubblica, in altri termini, non serve a renderci eticamente migliori, ma (dicendola in modo sbrigativo) ci conviene sul piano economico.

Con questi interventi sono già stati individuati dunque i binari sui quali fare scorrere la discussione successiva.

Il professore Pertici ha individuato i problemi oggi sul tappeto nei due versanti della corruzione e del suo contrasto attraverso la tecnologia, anche riprendendo e aggiornando un suo cavallo di battaglia, cioè il conflitto d'interesse, tema sul quale è poi tornato nella sua relazione anche Tarasco, per il quale l'interesse pubblico va perseguito contrapponendo tra loro - e non negandoli - gli egoismi privati e responsabilizzando gli agenti rispetto al risultato, con superamento quindi degli adempimenti procedurali meramente "cartacei" e formali. Noto altresì, nel suo intervento, il panorama delle soluzioni offerte da alcuni ordinamenti stranieri in materia.

Tornando invece a Pertici, egli ha ricordato due clamorosi episodi che tanto a fine Ottocento - lo scandalo della Banca Romana del 1892 - quanto a un secolo di distanza - l'inchiesta detta di "Tangentopoli" o "Mani pulite" - scossero l'intero Paese per ampiezza di diffusione degli eventi e risonanza sulla stampa (e, nel caso del secondo, anche sugli altri mezzi di informazione più moderni), onde può dirsi che il problema che ci è oggi di fronte è assai risalente nel tempo. Con molto ritardo rispetto al rilievo che la necessità del contrasto alla corruzione ha assunto nel mondo anglosassone, si è dunque capito verso la fine del secolo scorso anche da noi che occorreva intervenire in modo deciso sugli effetti distorsivi che i fenomeni patologici rubricati sotto questa etichetta unificante facevano gravare sulla corretta dinamica dei processi economici, dei quali sono palle al piede insopportabili anche in ragione dell'enorme peso del nostro debito pubblico.

Una parte crescente dell'opinione pubblica mostrava del resto forte insofferenza verso i partiti politici tradizionali, che per finanziarsi erano ampiamente permeabili a questo male, anzi la crisi della organizzazione che si erano a lungo dati (con il palesarsi di una "feudalizzazione" della loro struttura, che a lungo

aveva visto un loro consolidato controllo accentrato nelle segreteria) lasciava spazio ad azioni spregiudicate di gruppi di potere e di *lobbies* operanti al loro interno o che premevano su di essi dall'esterno e i rimedi ordinamentali erano scarsi e poco efficaci, sicché molti erano sedotti dalla suggestione di trovare in strumenti differenti dalla rappresentanza democratica e dalle sedi costituzionali del suo approdo per provare a rinnovare la politica, da cui l'appello alla democrazia diretta, combinato con l'emersione di movimenti "populisti" di rifiuto della delega e con la fiducia in una presunta azione salvifica nella magistratura dell'accusa, dimostratasi in precedenza di qualche efficacia - se non risolutiva, tant'è che essa aveva lasciato sul campo illustri figure che svolgevano tali funzione - nel contrasto a un altro grande cancro della nostra vita pubblica, alimentato proprio dalla corruzione, com'era e purtroppo è ancora la penetrazione della grande criminalità organizzata nel tessuto sociale. Maturava insomma pericolosamente una grave delegittimazione istituzionale complessiva. Se questo era il contesto socio-ambientale del problema indagato quando si decise di affrontarlo, occorreva procedere senza più indugio o indulgenza ad interventi di contrasto.

Dal dibattito odierno sono - una volta di più - emerse con chiarezza due indicazioni: i fenomeni individuati si contrastano imponendo, nella gestione degli affari pubblici, la massima trasparenza possibile (in effetti la corruzione deve logicamente ammantarsi di un'atmosfera di segreto per venire utilmente realizzata, quindi i compartecipi del disegno illecito tentano in genere di non coinvolgere terzi, anche se talora è necessario un mediatore che li avvicini) e bisogna lavorare a dissaldare il legame tra i coautori degli illeciti (penali, ma non soltanto: a volte la *maladministration* si annida in una zona grigia di ottundimento della responsabilità e correttezza degli agenti che non è ancora reato, ma lo prepara e favorisce).

Il contrasto alla corruzione - pur già in precedenza intrapreso, seppure con minore efficacia - è stato dunque incrementato, anche per adempiere a sollecitazioni provenienti dal diritto internazionale (*Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione*, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e detta di Merida, in vigore sul piano del diritto internazionale il 14 dicembre 2005, da noi ratificata e resa esecutiva con legge 116 / 2009) e dall'Unione europea, dalla legge cosiddetta "Severino", dal nome della Guardasigilli del governo Monti, recante il n. 190 / 2012, che in parte è immediatamente precettiva e in altra di delegazione. Essa ha riscritto articoli del codice penale - in particolare su concussione e corruzione - e introdotto il nuovo reato di "traffico di influenze illecite" (art. 246 *bis* c. p.). Per essere precisi, il D. P. R. n. 235 / 2012, di particolare rilievo in argomento, giacché contiene il "Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo

conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi", deriva dalla l. n. 110 / 2012, , predisposta durante il quarto Governo Berlusconi e sotto l'esecutivo seguente emendata alle Camere, mentre deve farsi risalire appunto alla "Severino" la fonte del "Codice di comportamento per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni" (D. P. R. n. 62 / 2013), che ha valorizzato la centralità del ricorso all'etica pubblica (e quindi a una tecnica di *soft law*) per integrare utilmente la regolazione della materia.

La stessa legge citata da ultimo ha altresì istituito (unificando precedenti organismi) l'Autorità Nazionale Anticorruzione, dotandola fin dall'origine di poteri consultivi e di controllo preventivo sull'attività economica - ma va peraltro sottolineato che con la legge 3 / 2019 si è tornati in parte all'ottica della repressione anche penale in tema - ad esempio in ordine al tema cruciale della correttezza di aggiudicazione ed esecuzione degli appalti di opere pubbliche e di servizi di interesse generale.

Questi ultimi sono aspetti sui quali sono venute preziose indicazioni - *de jure condito* e *de jure condendo* - dalle approfondite e puntuali relazioni tanto di Sorrentino, quanto di Armenante, mentre Longhi si è dal suo canto concentrato soprattutto sull'apporto che lo snellimento e la telematizzazione di alcune fasi dei processi può dare all'accelerazione ed effettività della tutela dei diritti e degli interessi legittimi, sempre nel quadro del comune obiettivo messo a tema.

L'intervento normativo sopra ricordato ha peraltro rafforzato una dinamica evolutiva che ancora prima aveva interessato la riorganizzazione della funzione e più in generale dei procedimenti amministrativi, con la legge 241/ 1990, successivamente modificata fino a diventare appunto una fonte di disciplina dell'intera attività delle pubbliche amministrazioni. In questa medesima ottica va vista anche la partecipazione attiva dei cittadini al controllo, specifico o diffuso, della stessa, con il progressivo ampliamento della possibilità del loro accesso alle informazioni su come essa si svolge (si veda l'accesso civico generalizzato, di cui all'art. 5 del D. lgs. n. 97/ 2016), naturalmente salvaguardando la riservatezza di taluni dati "sensibili" dei singoli e il diritto all'iniziativa economica privata, costituzionalmente protetto allo stesso livello della "trasparenza", che è invece un aspetto della buona amministrazione valorizzato di recente dall'importante sentenza 20 / 2019 della Corte Costituzionale.

La relazione della professoressa Nico, che aveva esordito sottolineando il rilievo della trasparenza amministrativa come valore costituzionale, si è poi concentrata appunto, con uno sguardo molto equilibrato, sul difficile bilanciamento tra questi interessi contrapposti e che pure che vanno tutti protetti, soffermandosi in particolare sul casellario informatico dell'ANAC, mentre quella altrettanto significativa del collega Pedullà ha con minuzia, ma anche con passione civile,

ricostruito criticamente le prospettive che un maturo esercizio della cittadinanza attiva elettronica reca alla democrazia, che diventa *e-democracy*.

Quanto al profilo che mira a porre in reciproco contrasto coloro che hanno stretto un accordo corruttivo, è senz'altro utile agevolare dissociazioni anche attraverso il ricorso a "pentimenti", come si dice erroneamente, perché la carica etica che si accompagna alla parola è male applicata a questa strategia di contrasto: se la desistenza dall'illecito e la collaborazione con l'autorità nascono da un ripensamento morale, questo riguarda la coscienza individuale, ma all'ordinamento interessa colpire il *pactum sceleris* e quindi innanzitutto venirne a conoscenza. La promessa di attenuare la sanzione a carico di chi lo consenta e si dissocia ha evidentemente una funzione pragmatica, la moralità del desistente non lo riguarda. Nell'art. 51, 1° comma, della legge 190/2012 è comunque oggi prevista anche la figura del *whistleblower*, ossia - qui semplifico la traduzione con brutale franchezza - dello "spione che fischia" il fallo, cioè dell'impiegato che segnala la condotta illecita di un collega del suo ufficio di cui viene a conoscenza e che va protetto, ovviamente però non se si tratti (e lo si scoprirà solo indagando) di calunnia o diffamazione.

Per il resto, c'è tuttavia un evidente nesso di continuità con una preoccupazione antica (espressa nella relazione del comitato di legislazione sul testo della Costituzione della Repubblica Napoletana del 1799, presieduto da Francesco Mario Pagano), secondo la quale "la censura, più che spegnere il male, deve prevenirlo. Fondare i buoni costumi è il metodo più proprio per estirpare i corrotti. Quindi ella deve invigilare sulla privata e pubblica educazione. La pubblica morale, tanto coltivata dagli antichi quanto negletta dai moderni, le istituzioni repubblicane, esser debbono il principale oggetto delle sue cure".

Il pensiero dell'unico penalista fra i relatori del convegno salernitano è sembrato confermarlo. Il professore Longobardo ha infatti ammonito da parte sua che "per debellare i fenomeni corruttivi" occorre "precipuamente puntare alla razionalizzazione dei percorsi amministrativi tesi all'organizzazione ed al funzionamento della P.A. e riportare la soluzione penale nel suo naturale alveo di risposta a fenomeni patologici, evitando di caricarla di improbabili ed inefficaci effetti emozionali e promozionali".

La relazione di Marco Galdi, che come anticipavo è stato il generoso ideatore e concreto artefice dell'incontro, è stata la vera e degna conclusione della discussione, toccando il piano dei valori costituzionali e tra essi quello della trasparenza dell'amministrazione pubblica e il ruolo servente allo scopo del ricorso alla tecnologia informatica, ma assieme rivisitando la problematica con sguardo non da innamorato acritico di ogni novità e perciò con opportuna diffidenza verso l'espansione della decisione fondata su - e indirizzata da - algoritmi e su possibili

profilazioni dei dati dei privati da parte delle autorità per identificare (beninteso in sistemi nei quali le garanzie dello Stato di diritto non hanno la centralità che ricevono negli ordinamenti dei Paesi ordinati secondo i principi del costituzionalismo occidentale) un modello di "cittadino fedele" da premiare e all'opposto uno di soggetto "disordinato" da penalizzare, privandolo di vantaggi e diritti con meccanismi che ricordano quello a noi noto come la "patente a punti".

A volere trarre una conclusione dall'intensa mattinata di lavoro, per quanto ora si dirà peraltro solo provvisoria, può osservarsi che, se è giusto monitorare con attenzione le strategie di contrasto alla corruzione pubblica e utilizzare il più ampiamente possibile le risorse della telematica per dare loro corpo (anche in vista dell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, finanziariamente assai ricco e che certo attirerà anche appetiti impropri e che è indirizzato a fare ripartire dopo la pandemia l'attività economica), il fattore decisivo sul quale siamo in evidente ritardo è la maturazione di una prospettiva culturale che faccia essenzialmente centro sulla sanzione reputazionale prima che su quella penale e, prima che sul controllo amministrativo esterno, sull'autocontrollo degli operatori.

Trattandosi di un processo di mutamento di percezione, esso produrrà effetti solo nel medio e lungo periodo, ma resta decisiva la chiara determinazione di volere affrontare davvero il problema dei danni sistemici che la corruzione produce all'economia e, più largamente, allo spirito pubblico del Paese.

MISCELLANEA

Il rilancio dell'economia attraverso aiuti statali proattivi e condizionati*

di GIOVANNI LUCHENA

SOMMARIO: 1. Il Quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato adottato a seguito dell'esplosione della pandemia. 2. - Il *Green New Deal* come fattore di qualificazione della programmazione. 3. - Criteri funzionali e accelerazione procedurale. 4. - Progressione del quadro temporaneo. 5. - Misure proattive e "condizionate".

1. Fra gli strumenti utilizzati per contrastare la crisi economica causata dalla pandemia¹, la normativa in deroga in materia di aiuti pubblici alle imprese ha l'obiettivo di liberare gli Stati, per così dire, da un sistema di vincoli e di divieti che, in condizioni di normalità disciplinare, limita sensibilmente l'intervento nell'economia². Si tratta di un approccio volto non soltanto al sostegno puro e

*Articolo sottoposto a referaggio.

¹ F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso dei limiti, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà mai come prima?*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2019; M.T. STILE, *The European Stability Mechanism in front of the epidemiological emergency*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 1, 2020; P. PANTALONE, M. DENICOLÒ, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1, 2020, pp. 125 ss.; G. DI GASPARRE, *Coronavirus, come la Bce può trasferire subito la liquidità necessaria all'economia reale*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 17 marzo 2020; E. ROSSI, *Gli effetti economici della pandemia: le prime possibili valutazioni*, Aspenia online, 28 marzo 2020; G. LUCHENA, *Il c.d. decreto liquidità è una minaccia per il liberismo? Brevi note sul "nuovo" golden power*, in *www.dirittifondamentali.it*, 1° maggio 2020; P. PULSONI, *L'intervento dello Stato nell'economia all'epoca del CoViD-19. Analisi critica della normativa emergenziale*, in *www.dirittifondamentali.it*, 4 maggio 2020; F. CAPRIGLIONE, *La finanza Ue al tempo del coronavirus*, in *Riv. trim. dir. dell'econ.*, n. 1, 2020, pp. 1 ss.; G. LUCHENA, N. RUCCIA, *Meglio le misure della Bce o i prestiti del Mes?*, in *Diritti Fondamentali*, 15 giugno 2020; A. BROZZETTI, *La legislazione bancaria europea. Le revisioni del 2019-2020*, Milano, 2020, 271 ss.; R. CARATOZZOLO, *Uno sguardo al Decreto rilancio: tra principi di finanziarizzazione e obiettivi di innovazione delle attività economiche*, in *Riv. Dir. Banc.*, aprile/giugno 2020, pp. 385 ss.; G. PEROTTO, *Aiuti di Stato e concorrenza fiscale nella crisi legata al Covid-19*, in *Centro studi sul federalismo*, n. 46, 2020, pp. 3 ss.

² Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19, 19 marzo 2020, C(2020) 1863 final; Modifica del quadro temporaneo

semplice delle imprese ma traccia una strategia di politica degli investimenti mai tentata prima a livello europeo.

A questa si affianca l'iniziativa *Next generation Eu*³, uno strumento di programmazione generale entro il quale troveranno posto progetti di investimenti pubblici strategici che dovrebbero consentire l'abbandono delle politiche di bilancio dell'emergenza, dei *bonus*, delle sovvenzioni, dei ristori (pur essendo, questi ultimi, almeno necessari nella fase, per dir così, d'impatto) per avviare l'Europa verso una stagione di interventi pubblici imprenditoriali e proattivi⁴. Si tratta, invero, di un'impresa assai complessa da un punto di vista sia istituzionale sia giuridico in quanto una tale trasformazione richiede riforme anche di tipo strutturale (in ambito sia europeo sia statale) che potrebbero richiedere tempi lunghi e complicate mediazioni.

In ogni caso, va sottolineato come il quadro normativo emergente sia connotato dal fattore collaborativo fra Unione europea e Stati membri al fine di riqualificare le politiche statali secondo un tracciato condiviso: norme – ancorché temporanee – che possono (ri)determinare il *modus operandi* nell'economia secondo un'ottica diversa che già in altra sede si è avuto modo di definire come euro-statale, nella quale cioè le singole sovranità statali entrano in gioco come parti attive di un processo di rilancio e non come "protettrici" degli ormai inesistenti

per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza Covid-19, 3 aprile 2020, C(2020) 2215 final; Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza Covid-19, 8 maggio 2020, C(2020) 3156 final; Terza modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della Covid-19, 29 giugno 2020, 2020/C, 218/03; Comunicazione della Commissione relativa alla proroga e alla modifica degli orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2014-2020, degli orientamenti sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti per il finanziamento del rischio, della disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020, degli orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà, della comunicazione sui criteri per l'analisi della compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti di comune interesse europeo, della comunicazione della Commissione sulla disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione e della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine, 8 luglio 2020, C(2020) 224/02; Quarta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19 e modifica dell'allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine, 13 ottobre 2020, 2020/C 340 I/01, C/2020/7127.

³ G. TONIOLO, *Next Generation EU: una condizionalità virtuosa*, in *Policy Brief* 33/2020, 8 luglio 2020, reperibile online al sito: <https://sep.luiss.it/sites/sep.luiss.it>.

⁴ M. MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore. Sfatare il mito del pubblico contro il privato*, Roma-Bari, n.e., 2020, pp. 43 ss., *passim*.

confini economici⁵. Soprattutto, viene in evidenza come, per il tramite di questo approccio, per ora solo abbozzato, si possa accantonare l'idea di uno Stato identificato puramente e semplicemente come correttore dei fallimenti del mercato mentre si fa strada un'idea, in verità non del tutto nuova ma che si è manifestata in modo latente in più d'uno Stato, che rivaluta il ruolo dei pubblici poteri quali interventori nell'economia, non soltanto in tempi di crisi.

Al piano istituzionale, l'obiettivo è quello di coordinare le sovranità statali indirizzandole verso finalità comuni e partecipate: una politica para o meta-federale dell'economia che provi a tenere insieme non soltanto le misure "classiche" a tutela della concorrenza di tipo statico ma solchi nuovi tracciati ordinamentali che, impostati su una strategia di tipo adattivo, tragga poi risultati ed effetti sul piano generale. In altre parole, la disciplina degli aiuti di Stato che, nel corso del tempo è stata di tipo quasi esclusivamente repressivo, sembra muoversi nella direzione della condivisione programmata.

2. La linea politica contenuta nelle comunicazioni sin qui adottate è foriera di spunti assai significativi: essa si è svolta *in progress*, divenendo, sotto certi aspetti, anche portatrice di elementi di originalità magari da conservare e riproporre in un quadro ordinamentale posizionato su una politica di lungo periodo. Si segnalano le misure di aiuto potenzialmente autorizzabili, come la ricapitalizzazione delle imprese, in quanto il solo sostegno alla liquidità a breve non è ritenuto sufficiente per restituire impulso all'economia. Onde evitare conseguenze a lungo termine – si pensi, ad esempio, all'eventualità che le imprese non riescano a tenere il passo delle obbligazioni contratte e, proprio per questo, siano costrette ad abbandonare i loro piani di investimento – la Commissione ha ritenuto che si potesse ampliare l'orizzonte delle autorizzazioni in linea con gli obiettivi dell'Unione. Gli aiuti che potranno essere più facilmente ritenuti compatibili sono, fra gli altri, quelli riguardanti, ad esempio, il settore della transizione verde e della digitalizzazione⁶ uno dei quali, peraltro, già oggetto di disciplina singolare, e comunque entrambi ricadenti nell'ambito del regolamento n. 651 del 2014 che esenta gli Stati dalla notifica preventiva delle misure di ausilio alle imprese (GBER); tale ultimo regolamento, alla luce del quadro temporaneo,

resta una delle possibilità per gli Stati di attivare interventi economici, aggiuntivi rispetto alle misure riconducibili, in larga parte, agli aiuti eventuali/discrezionali (art. 107, §3, TFUE)⁷. In particolare, la Commissione ritiene che «la transizione verde e la trasformazione digitale svolgeranno un ruolo centrale e prioritario nel garantire una ripresa positiva»⁸: la situazione d'emergenza può, perciò, rappresentare un'opportunità per accelerare i processi di riconversione industriale, ad esempio attraverso il potenziamento delle politiche per il passaggio dall'economia lineare all'economia circolare, obiettivo che l'Unione s'impegna a perseguire ai sensi degli articoli 3, §3 e 21, §2, lett. d) ed f) del TUE, che ha visto la Commissione, sin dal 2005, animata ad incoraggiare le politiche statali in materia di aiuti verso un «futuro ecologicamente sostenibile»⁹. Il governo italiano, ad esempio, negli indirizzi prospettati per uscire dalla fase emergenziale, ha indicato proprio negli investimenti verdi una delle sue priorità. Secondo questa linea di tendenza, la qualità delle politiche basate sullo sviluppo economico sostenibile – che fa riferimento, quindi, al progresso e al benessere sociale – assume un rilievo peculiare rispetto alle azioni di tipo quantitativo¹⁰. In quest'ottica, le indicazioni fornite dalla Commissione sembrano essere più d'una *petitio principii*, anche perché s'inseriscono in uno scenario internazionale che incentiva l'adozione di nuove forme di economia svincolate dallo sfruttamento delle risorse naturali come prevede, ad esempio, l'Agenda 2030 elaborata a livello di Organizzazione delle nazioni unite. *Policy* peraltro imbastita dalla Commissione sin dalla sua comunicazione sulla modernizzazione degli aiuti di Stato¹¹ nella quale ha invitato gli Stati ad elaborare politiche di sostegno delle imprese per lo sviluppo sostenibile e a contribuire al raggiungimento degli obiettivi di Europa 2020¹². In definitiva, si ritiene che l'economia convenzionale basata solo sulla

⁷ Tribunale di I grado, 15 dicembre 1999, cause riunite T-132/96 e T-143/96, Freistaat Sachsen, Volkswagen AG e Volkswagen Sachsen GmbH c. Commissione, in Racc., 1999, II-3663.

⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza Covid-19*, 8 maggio 2020, cit., punto 9.

⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato. Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato*, Bruxelles, 7 giugno 2005, (COM)2005 107 def., II-7.

¹⁰ A. SEN, J. STIGLITZ, J.P. FITOSSI, *Mismeasuring our lives. Why GDP doesn't add up*, trad. it. di M. Vegetti, *La misura sbagliata delle nostre vite. Perché il PIL non basta più per valutare benessere e progresso sociale*, Milano, 2013, pp. 111 ss.

¹¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE*, COM/2012/0209 final, punto 8.

¹² J. KAVANAGH, N. ROBINS, *Introduction to State Aid Law Policy*, in K. BEACON (ed), *European Union Law of State Aid*, Oxford, 2017, p. 14.

⁵ G. LUCHENA, *La natura euro-statale degli interventi per uscire dalla crisi*, in U. MALVAGNA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia*, Pisa, 2021, pp. 381 ss.

⁶ G. MONTEDORO, *Aiuti di Stato e digitalizzazione*, in U. MALVAGNA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *op. cit.*, pp. 365 ss.

crescita «non possa più sostenere la sua corsa nel lungo periodo, continuando a ingenerare iniquità, squilibri e profonde differenze sociali (in presenza di un sistema finanziario sempre più instabile): uno stato di cose le cui ripercussioni non potranno non riverberarsi nel lungo periodo». Si fa, dunque, strada una teorica volta al superamento delle «ipostatizzazioni neoclassiche» per dare consistenza ad un «nuovo modello che non tenda a disarticolare e a scomporre socialmente l'umanità»¹³ ma provi a rinnovare il tentativo «di riconciliare crescita e ambiente»¹⁴: un progetto ambizioso eppure necessario che, tuttavia, incontra non poche incognite nella composizione di «opposti valori – economici, sociali e ambientali – da bilanciare in modo proporzionale»¹⁵. Su questo crinale s'innesta la proposta della Commissione europea di realizzare il c.d. *Green Deal europeo*¹⁶ quale risposta al problema dei cambiamenti climatici e strumento di realizzazione dell'Agenda 2030 e degli obiettivi di sviluppo sostenibile promossi dall'Onu. Secondo il progetto *Green Deal europeo*, «il 30% del Fondo InvestUe sarà destinato alla lotta contro i cambiamenti climatici. Inoltre, i progetti saranno oggetto di una verifica della sostenibilità che ne valuterà l'apporto al raggiungimento degli obiettivi climatici, ambientali e sociali. InvestUe offre anche agli Stati membri la possibilità di avvalersi di una garanzia di bilancio dell'Ue – ad esempio per realizzare gli obiettivi della politica di coesione connessi al clima nei rispettivi territori e regioni – e rafforza la cooperazione con le banche e gli istituti nazionali di promozione, il che può incoraggiarla a imprimere una svolta ecosostenibile alla propria attività al fine di conseguire gli obiettivi politici dell'UE»¹⁷. S'intravede, forse, rispetto al passato, un «nuovo» moto programmatico in grado di coinvolgere tutte le istituzioni nel quadro delle rispettive competenze.

3. I criteri per autorizzare gli aiuti¹⁸ sono il frutto di un'interpretazione funzionale, o fattuale, dell'art. 107, §3, lett. e), TFUE come sviluppata nel corso della crisi del 2008. In quella circostanza si trattava di «cogliere» fra le pieghe

¹³ S. CAVALIERE, *Economia circolare e intervento pubblico nell'economia: spunti di riflessione*, in www.dirittifondamentali.it, 31 marzo 2020, p. 4.

¹⁴ E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. Econ.*, n. 98, 2019, p. 494.

¹⁵ E. SCOTTI, *op. cit.*, p. 495.

¹⁶ Comunicazione della Commissione, *Il Green Deal europeo*, Bruxelles, 11.12.2019, COM(2019) 640 final.

¹⁷ Comunicazione della Commissione, *Il Green Deal europeo*, cit., punto 2.2.1.

¹⁸ Sui criteri di valutazione, v. Tribunale di I grado, 12 dicembre 1996, *Air France c. Commissione*, causa T-358/94; Tribunale di I grado, 6 marzo 2002, *Territorio Histórico de Álava c.*

della disciplina *de qua* la base normativa ai fini dell'autorizzazione degli aiuti che, in una situazione di crisi, sarebbero stati concessi dagli Stati. In assenza di previsioni normative stabilite per una situazione di crisi sistemica la previsione di cui all'art. 107, §2, TFUE relativa agli «eventi eccezionali» non è apparsa sufficiente a coprire – da sola – l'ampiezza degli interventi previsti, in particolare quelli a favore del sistema bancario. Per la prima volta, dunque, i «gravi turbamenti dell'economia» verificatisi nel corso della crisi del 2008 che hanno afflitto l'Europa¹⁹ sono stati il movente che ha indotto la Commissione ad assumere tale criterio come base giuridica per l'eventuale autorizzazione degli aiuti statali alle imprese. In questo settore del diritto della concorrenza applicabile agli Stati la Commissione, nel corso della crisi del 2008, non ha mai rinunciato ad applicare i suoi criteri di vaglio degli aiuti²⁰, benché, dietro l'ovvia pressione da parte degli Stati²¹, ha dovuto, in qualche misura, autorizzare un ammontare di sussidi piuttosto ampio²², in una pluralità di settori colpiti dalla crisi. All'applicazione delle deroghe di cui all'art. 107, §3, lett. c), in assenza di una disciplina singolare, ha fatto poi seguito il varo di un pacchetto di norme che ha introdotto un nuovo ciclo disciplinare nel settore degli aiuti alle banche²³. Vi è stata un'azione volta all'ampliamento dei casi in base ai quali gli Stati avrebbero potuto concedere misure di sostegno, altri nei quali le maglie del diritto dell'Unione europea sono state, se possibile, ulteriormente ristrette o, in altri ancora, nei quali in assenza di disposizioni singolari, si è dato corpo ad una nuova normativa «settoriale» o è stato modificato implicitamente il sistema disciplinare di un determinato settore. A tali interventi va aggiunta la previsione di «strumenti» di accelerazione delle decisioni da parte della Commissione proprio per consentire agli Stati di dare impulso immediato alle misure di sostegno. Misure naturalmente temporanee di

altri c. Commissione, cause riunite T-92/00 e 103/00; Corte di giustizia Ue, 10 dicembre 2013, *Commissione c. Irlanda e altri*, causa C-272/12 P; Corte di giustizia Ue, 7 maggio 2020, *BTB Holding Investment SA e a. c. Commissione*, causa C 148/19 P; Corte di giustizia Ue, 11 giugno 2020, cause riunite C-262/18 e C-271/18 P; Commissione e a. e Repubblica Slovacca e a.; Tribunale I grado, 29 settembre 2000, *Confederación Española de Transporte de Mercancías c. Commissione*, T-55/99; Corte di giustizia Ue, 4 marzo 2020, *Buonotourist srl c. Commissione*, caso C-586/18 P.

¹⁹ P. DE IOANNA, M. DEgni, *Il vincolo stupido. Europa e Italia nella crisi dell'euro*, Roma, n.e., 2019, p. 55.

²⁰ E. GAMBARO, *Centralità della nozione di aiuto di Stato e sviluppi della giurisprudenza europea*, in *Eurojus*, n. 1, 2021, pp. 77 ss.

²¹ M. REYNOLDS, S. MACRORY, M. CHOWDHURY, *EU Competition Policy in the Financial Crisis: Extraordinary Measures*, in *Fordham ILJ*, vol. 33, n. 6, 2011, pp. 1670-1737.

²² *State Aid Scoreboard 2015 – Aid in the Context of the Financial Crisis*.

²³ B. CELATI, *Fondo interbancario di tutela dei depositi: divieto di aiuti di Stato e principio di proporzionalità*, in *Riv. Dir. Banc.*, aprile/giugno 2020/2021, pp. 293 ss.

carattere orizzontale²⁴, senza però rinunciare alle prerogative in ordine al controllo²⁵ che, infatti, in più d'una occasione si è dimostrato particolarmente severo.

La delineata disciplina, per dir così, sperimentale è stata di *aiuto* ai fini della predisposizione del “nuovo quadro temporaneo”, giacché essa è risultata utile quale esperienza giuridica in punto di applicazione dei criteri previsti dalle disposizioni del trattato. Si è replicato il modello emergenziale alla nuova situazione, con ulteriori e più precisi elementi di *istruzione* indirizzati agli Stati ai quali sono stati rivolte indirizzi di “preferenza” in relazione al programma politico tracciato dalla Commissione all'atto del suo insediamento.

La Commissione ha monitorato lo stato delle imprese che hanno sofferto e continuano a soffrire a causa degli eventi connessi alla crisi pandemica. La sua funzione di adattamento della disciplina degli aiuti assume una valenza peculiare perché l'ottica sembra non riguardare soltanto l'immediatezza della situazione ma copre un arco di tempo molto più lungo che, verosimilmente, avrà un impatto consistente sull'economia e soprattutto sulle regole di concorrenza applicabili agli Stati. L'esito di questo processo potrebbe restituire un'Europa diversa dopo la crisi, dando corso ad un rinnovato stadio del processo d'integrazione, il quale ha conosciuto un certo rallentamento proprio a causa della sequenza delle crisi che si sono succedute nell'ultimo decennio. Dal punto di vista applicativo, la Commissione ha fornito indicazioni agli Stati in ordine alle modalità di verifica della compatibilità, senza procedere a modifiche dei suoi criteri di valutazione che rimangono sostanzialmente immutati. Le basi giuridiche sono, come si diceva poc'anzi, quelle contenute nell'art. 107, §2 e §3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, seguendo, per dir così, la “tradizione operativa” in punto di applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato. È, evidentemente, il chiaro segnale della non abdicazione rispetto alle regole ordinarie in materia di aiuti di Stato e specificano il consueto *modus agendi* per quel che concerne il merito della valutazione.

Quanto alla disciplina di cui al §2, gli aiuti devono compensare i danni causati direttamente dalla pandemia come, ad esempio, quelle determinate da un regime di quarantena che ha impedito al potenziale beneficiario di continuare

a svolgere la sua attività economica. Appare evidente come la disciplina *de qua* faccia riferimento a situazioni che hanno causato la crisi dell'impresa indipendentemente dal fatto dell'uomo. Misure di contenimento, dunque, che hanno richiesto, in molti Paesi, l'adozione dei richiamati interventi, peraltro assai consistenti, implicanti scostamenti di bilancio e conseguente ulteriore indebitamento. Peraltro, proprio la norma in questione ha natura di puro sostegno perché gli aiuti concessi ai sensi del §2, dell'art. 107, TFUE sono considerati aiuti di diritto, non soggetti alla procedura di autorizzazione. Anche in questo ambito, tuttavia, è noto come, ormai, queste categorie di aiuti alle imprese abbiano mutato la loro configurazione, nel senso che una normazione sempre più dettagliata ha fatto sì che non si possa più parlare di misure totalmente avulse dal controllo della Commissione, la quale, nei fatti, ampliato la sfera del suo controllo anche preventivo. Il mancato rispetto delle suddette condizioni può essere, dunque, suscettivo di accertamenti in un punto di compatibilità. Nell'alveo della disciplina di cui al §2 dell'art. 107, TFUE, va ricondotta, inoltre, la normativa concernente i rimborsi ai consumatori per i servizi di trasporto cancellati o i biglietti non rimborsati dagli operatori. In questa direzione la commissione ha pubblicato una nota orientativa – potrebbe dirsi una sorta di circolare interpretativa – in ordine all'applicazione della direttiva sui pacchetti turistici (n. 2015/2302/UE) concernente il diritto riconosciuto al viaggiatore di ottenere il rimborso integrale del biglietto o di accettare un *voucher* in forma alternativa²⁶.

Per quel che concerne la fattispecie del «grave turbamento dell'economia» le misure in questione devono coprire un ambito più ampio, che attenga per l'appunto alla crisi economica causata dalla pandemia e, quindi devono essere esaminati sulla base degli originari criteri e, in linea di principio, secondo quanto contenuto nel quadro temporaneo.

Va detto, a tale proposito, che il quadro temporaneo non è uno strumento isolato nel panorama della disciplina degli aiuti di stato ma si presenta come una iniziativa, come si accennava, attuabile parallelamente alle ordinarie procedure previste nell'ambito del diritto degli aiuti di stato. Tale rilievo è di fondamentale importanza considerato che, ad esempio, gli stati possono continuare ad attivare misure in applicazione del regolamento esentativo dalla previa notifica che assegna la patente di compatibilità potenziale agli aiuti concessi dagli stati in un numero assai consistente di categorie di aiuti. A questo si aggiunga l'ampio

²⁴ F. SCIAUDONE, *Gli aiuti di Stato tra regolamentazione “orizzontale” e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione europea*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La “modernizzazione” della disciplina degli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011, p. 148.

²⁵ Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica, 17 dicembre 2008 (2009/C 83/01).

²⁶ La raccomandazione del 13 maggio 2020, relativa ai buoni offerti a passeggeri e viaggiatori come alternativa al rimborso per pacchetti turistici e servizi di trasporto annullati nel contesto della pandemia di Covid-19, C(2020) 3125 final.

spettro operativo consentito dal regolamento relativo agli aiuti *de minimis*²⁷, a quello del settore ittico ed agricolo²⁸, e agli orientamenti per gli aiuti alle imprese in difficoltà²⁹. Oltre all'indicazione dei criteri che la Commissione avrebbe utilizzato per autorizzare gli aiuti ai sensi dell'art. 107, §2 e §3, TFUE, il quadro temporaneo si è incaricato di precisare che la normativa in questione deve essere ritenuta complementare a quella esistente. Il quadro disciplinare ordinario, cioè, resta comunque "usufruibile" dagli Stati, allargando ulteriormente le maglie di concessione delle misure che, in ipotesi, potrebbero essere assunte al di là della situazione di carattere eccezionale. È un'opzione che resta, per dir così, disponibile ai fini della programmazione di forme di intervento che esulano, almeno apparentemente, dalla crisi: pertanto, sono esclusi dal quadro temporaneo gli aiuti concessi sulla base del regolamento di esenzione per categoria che abilita gli Stati a predisporre misure senza previa notifica, strumento operativo che, com'è noto, pur non costituendo una normativa di allargamento delle maglie del controllo, rappresenta, tuttavia, l'espressione più significativa in termini di cooperazione fra Stati membri e Commissione in materia di aiuti di Stato. Essa, infatti, delinea i contorni della condivisione strutturale delle politiche in tema di determinate categorie di aiuti le quali, vista l'ampia rassegna prevista dal regolamento n. 651 del 2014, amplia il raggio di azione delle iniziative statali secondo un quadro di riferimento individuato a monte dalla Commissione (che ritiene, infatti, quelle categorie di aiuti potenzialmente ammissibili perché non vilano la concorrenza). Il prospetto delle misure potenzialmente ammissibili è così aumentato, consentendo, in tal modo, una più ampia fruizione di forme di aiuto che, di per sé, non alterano le condizioni della concorrenza. Il quadro disciplinare è, dunque, complessivamente strutturato in parte da elementi di straordinarietà, in altra dalla normativa, per dir così, ordinaria, ormai consolidata sotto il profilo sia sostanziale sia procedurale. Quanto ai profili di novità segnalati, la disciplina *de qua* contiene elementi degni di menzione sotto diversi

punti di osservazione. Lo è certamente per le tipologie di misure da ritenersi potenzialmente ammissibili, per le "avvertenze" operative anche in ordine ai settori che verosimilmente la Commissione riterrà "coerenti" con la sua politica in tema di sviluppo economico e per gli aspetti quantitativi ad essa connessi. Mai prima d'ora la Commissione ha predisposto un complesso disciplinare che accelera la procedura fino a determinare l'approvazione di una misura di aiuto di Stato in tempi così brevi, anche in sole 24 ore dalla notifica. A tale proposito, si è avuto modo di parlare di aiuti istantanei, proprio a significare l'adeguamento della disciplina giuridica alla situazione contingente³⁰.

4. Il *temporary framework* sull'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato peraltro non andrebbe inteso soltanto in termini di strumento difensivo dalla crisi economica ma anche quale opportunità di programmazione a livello europeo delle politiche dello sviluppo. Si tratta di una disciplina perfezionata nel tempo e resa duttile dinanzi all'incedere della pandemia, disciplina che corrisponde ad una sequenza di comunicazioni adottate a ritmo continuo e in persistente aggiornamento. In ognuna di esse, la Commissione completa la disciplina ampliando le forme di aiuto ammissibili e le diverse possibilità operative: un lavoro regolare di monitoraggio e allo stesso tempo di modulazione rispetto agli eventi via via manifestatisi nel corso della crisi.

La prima comunicazione (marzo 2020)³¹ è quella che ha aperto una breccia nelle rigidità applicative della disciplina e ha tracciato le direttive agli Stati, per dir così, fornendo un primo orientamento nell'immediato anche per quel che concerne l'individuazione delle attività e dei settori che sarebbero stati "in linea" con la politica della Commissione. Va, inoltre, sottolineato come nella comunicazione *de qua* la Commissione abbia rivolto, per dir così, un *appello* al sistema bancario quale contributo supplementare, si direbbe sussidiario, ai fini del contrasto della pandemia. La Commissione, nel *framework* sulla pandemia, ha precisato, tra l'altro, che gli aiuti in questione non hanno l'obiettivo di preservare o ripristinare la liquidità o la solvibilità delle banche³² che, in questo caso, sono considerate fondamentali quale leva per contribuire alla soluzione della

²⁷ Regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti «de minimis».

²⁸ Regolamento (UE) n. 702/2014, del 25 giugno 2014, che dichiara compatibili con il mercato interno, in applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, alcune categorie di aiuti nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali e che abroga il regolamento della Commissione (CE) n. 1857/2006; Regolamento (CE) n. 875/2007, del 24 luglio 2007, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti *de minimis* nel settore della pesca e recante modifica del regolamento (CE) n. 1860/2004.

²⁹ Comunicazione della Commissione — Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà, 31 luglio 2014, 2014/C 249/01.

³⁰ G. LUCHENA, *Una nuova politica degli aiuti di Stato? Gli aiuti istantanei nel contesto dell'emergenza Covid-19 tra coerenza d'insieme e profili inediti*, in *Concorrenza e mercato*, vol. 26/27, 2019/2020, pp. 17 ss.

³¹ Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19, 19 marzo 2020, C(2020) 1863 final.

³² Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del Covid-19, 19 marzo 2020, cit., punto 6.

crisi in quanto veicolo di liquidità. Essa auspica, per così dire, che le banche si pongano in una prospettiva di cooperazione attiva alla soluzione della crisi evitando di assoggettare le imprese a limitazioni al credito mantenendo costante il flusso del medesimo. Gli Stati possono naturalmente prevedere incentivazioni a favore delle banche affinché continuino a svolgere la loro funzione precipua e a sostenere le attività economiche. Il sostegno finanziario in termini di ricapitalizzazione della liquidità o di misure per le attività deteriorate non sarà riconducibile alle ipotesi contenute nella direttiva 2014/59/UE relativa alle modalità di risanamento e risoluzione delle banche e degli enti di investimento³³ né sarà valutato in base alla regolamentazione specifica in tema di aiuti al settore bancario³⁴. Diverso il caso del sostegno diretto per il quale si applicherà l'art. 32, §4, lett. d), punti i), ii), iii) della direttiva da ultima citata concernente le banche in dissesto o a rischio di dissesto.

Le comunicazioni successive (aprile e maggio 2020)³⁵ hanno integrato e specificato i contenuti della disciplina temporanea tenendo conto degli sviluppi della pandemia e delle accresciute esigenze degli Stati, prorogandone l'efficacia fino a tutto il 2022. La terza modifica del quadro temporaneo³⁶ è intervenuta, fra l'altro, per facilitare la concessione degli aiuti alle piccole e medie imprese³⁷, anche per quelle che hanno incontrato difficoltà finanziarie al 31 dicembre 2019, estendo così la disciplina per numerose entità pretermesse dalle precedenti comunicazioni. Il presupposto della concessione è che le imprese in questione non siano sottoposte a procedure di insolvenza, non abbiano ricevuto sostegno per il salvataggio sotto forma di aiuti non rimborsati o che non siano destinatarie di misure ai sensi delle disposizioni concernenti la ristrutturazione

come stabilito dalla disciplina singolare. Inoltre, sempre la comunicazione da ultima citata ha rimodulato la disciplina delle misure di ricapitalizzazione nelle ipotesi in cui soggetti privati contribuiscano all'aumento di capitale delle società insieme alla partecipazione dello Stato. Di particolare rilievo, poi, è la successiva comunicazione del 2 luglio con la quale la Commissione ha differito la modifica programmata della validità delle misure cosiddette non emergenziali, cioè quelle ordinarie, che sarebbero scadute al termine del 2020. Contestualmente essa ha aperto la consultazione pubblica sulle eventuali proposte di integrazione o di modifica della normativa ordinaria anche tenendo conto degli effetti che l'emergenza covid ha determinato nel periodo³⁸. L'ulteriore estensione del quadro temporaneo³⁹ è indicativa non solo delle "necessità" evidenziate dall'economia in crisi ma anche degli indirizzi che, verosimilmente, la Commissione cercherà di mantenere fermi anche per il prossimo futuro, almeno fino a quando non saranno ristabilite le condizioni del ritorno alla normalità. Fanno eccezione al regime della proroga in questione le misure di ricapitalizzazione che vengono ulteriormente estese al 30 settembre 2021 nonché quei regimi di aiuto destinati al sostegno dei costi fissi che le imprese non sono state in grado di coprire a causa degli eventi determinati dalla pandemia.

5. Considerata l'importanza degli strumenti ordinari che delineano i criteri di concessione degli aiuti e alla luce della persistente crisi economica, la validità dei singoli quadri disciplinari ordinari è stata prorogata in maniera diversificata per settore⁴⁰: gli orientamenti in materia di aiuti di stato a

³³ Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CEE, 2004/25/CEE, 2005/56/CEE, 2007/36/CEE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio.

³⁴ Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza Covid-19, 8 maggio 2020, cit., punto 7.

³⁵ Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza Covid-19, 3 aprile 2020, C(2020) 2215 final; Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza Covid-19, 8 maggio 2020, cit.

³⁶ Terza modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della Covid-19, cit.

³⁷ Corte di giustizia Ue 24 settembre 2020, causa C-316/19, NMI Technologietransfer GmbH, con nota di G. BEFANI, *Agli aiuti di Stato in deroga agli enti pubblici, la nozione di PMI deve essere interpretata restrittivamente*, in *DPCE online*, n. 4, 2020, pp. 5331 ss.

³⁸ Comunicazione della Commissione relativa alla proroga e alla modifica degli orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2014-2020, cit.

³⁹ Quarta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19, cit.

⁴⁰ Comunicazione della Commissione relativa alla proroga e alla modifica degli orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2014-2020, degli orientamenti sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti per il finanziamento del rischio, della disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020, degli orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà, della comunicazione sui criteri per l'analisi della compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti di comune interesse europeo, della comunicazione della Commissione sulla disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione e della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credit all'esportazione a breve termine 2020/C 224/02 C/2020/4355.

finalità regionale⁴¹, gli orientamenti che disciplinano il finanziamento del rischio⁴², quelli per l'ambiente e l'energia⁴³, la comunicazione sulla realizzazione di progetti comuni di investimento europeo e quella sull'assicurazione al credito e all'esportazione fino al 2021; il regolamento c.d. «*de minimis*»⁴⁴, quello che esenta dalla notifica preventiva talune categorie di aiuti orizzontali (GBER), gli orientamenti per gli aiuti alla ristrutturazione di imprese finanziarie in difficoltà⁴⁵ al 2023 e, da ultimo, gli orientamenti concernenti gli aiuti predisposti per il settore agricolo e forestale e nelle zone rurali e quelli, sempre nel medesimo settore, relativi al periodo di applicazione e alle modifiche temporanee dovute alla pandemia⁴⁶.

Tale iniziativa mira a sviluppare il dibattito non solo sulle norme la cui efficacia era destinata a tramontare alla fine del 2020 ma anche sul futuro della disciplina degli aiuti in questo settore. Occorrerà verificare, infatti, sia la efficacia delle norme fin qui adottate sia la prospettiva delle disposizioni in ordine ai criteri di concessione per le tipologie di aiuti «in scadenza». È evidente che siffatto arco temporale potrà risultare assai utile per riflettere su talune categorie di aiuti anche alla luce dell'esperienza che maturerà nel corso della crisi, anche, eventualmente, al fine della ridefinizione complessiva di una determinata normativa singolare. Certo, la normativa stabilizzata in materia di aiuti di Stato lascerebbe poco spazio a fughe in avanti rispetto ad un possibile ripensamento per quel che concerne i criteri valutativi. Occorre rimarcare, infatti, che la situazione emergenziale non ha modificato il nucleo giuridico della disciplina in materia né ha introdotto nuovi parametri valutativi; come non è diminuito l'ampio potere discrezionale della Commissione⁴⁷; va sottolineato, in ogni caso, l'alleggerimento procedurale che ha consentito il varo di misure in tempi assai rapidi.

⁴¹ Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2014-2020 2013/C 209/01.

⁴² Orientamenti sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti per il finanziamento del rischio 2014/C 19/04.

⁴³ Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020 (2014/C 200/01).

⁴⁴ Regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, cit.

⁴⁵ Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà, cit.

⁴⁶ Comunicazione della Commissione che modifica gli orientamenti dell'Unione europea per gli aiuti di Stato nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali 2014-2020 per quanto riguarda il periodo di applicazione e che apporta adeguamenti temporanei per tenere conto dell'impatto della pandemia di COVID-19 (2020/C 424/05).

⁴⁷ Corte di giustizia Ce, 17 settembre 1979, causa C-730/79, Philip Morris Holland BV c. Commissione, in Racc., 1980, 2671; Corte di giustizia Ce, 14 gennaio 1997, causa C-169/95, Regno di Spagna c. Commissione delle Comunità europee, in Racc., 1997, I-135.

In generale, sembra cogliere nel segno la politica tesa a favorire la coesione economica, sociale e territoriale secondo un uso razionale e mirato di aiuti. Gli effetti attesi sono, perlopiù, rivolti ad evitare che s'ingenerino ulteriori divari tra territori ed aree dell'Europa. Operazione ambiziosa perché, in questa fase dell'integrazione europea, si colgono segnali che sembrerebbero indicare una rotta diversa rispetto al passato: l'abbandono della finanza austera e l'uso della leva delle incentivazioni a fini di sviluppo tecnologico ed economico-sociale. Fra i più significativi elementi di innovazione, sebbene nel quadro consolidato della nozione giuridica di aiuto come delineata dalla Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato del 2016⁴⁸, si segnalano quelli concernenti taluni settori d'intervento sui quali la Commissione «consiglia» di investire.

La transizione verde, la diffusione della banda larga e il sostegno alle *start-up* innovative sono, fra le altre, *policy* che la Commissione incita ad attuare favorendo la flessibilità (temporanea) del controllo sugli aiuti di Stato e, allo stesso tempo, sostenendo i bilanci statali, che proprio secondo quanto stabilito dal *temporary framework*, dovranno essere le principali fonti di finanziamento delle misure di sostegno (che, verosimilmente, arriverà con le risorse rivenienti dal piano d'investimenti del *Recovery fund*). Agli Stati è, dunque, richiesto non soltanto di sostenere la liquidità l'accesso ai finanziamenti ma anche di provare a trasformare l'indicato quadro disciplinare in un orizzonte operativo volto ad affrontare le sfide che il futuro post-pandemia prospetterà all'economia europea. Ciò implica la messa in campo di interventi immediati ma, allo stesso tempo, durevoli, anche perché i «mercati, da soli, non riusciranno a individuare percorsi di crescita economica che siano verdi, sostenibili o equi»⁴⁹: Il nuovo paradigma riguarderebbe l'abbandono della logica che finora ha guidato le politiche europee (austerità, politiche monetarie restrittive, rinuncia ad una politica per l'occupazione) – «l'ortodossia economica pre-Covid»⁵⁰ – consistente, in definitiva, in un «eccesso di fiducia nei mercati» e nella teorica in base alla quale lo Stato avrebbe assolto ai suoi doveri semplicemente controllando l'inflazione, il

⁴⁸ Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, (2016/C 262/01); G. LUCHENA, *An overview of the main issues set forth in the Notice on the notion of State aids: a new "code of conduct" for the States*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2018, pp. 747 ss.

⁴⁹ M. MAZZUCATO, M. MCPHERSON, *Why the Covid-19 Recovery Needs a Proactive Public Sector*, in *New Statesman*, 6 luglio 2020, ora con il titolo *Per una ripresa «green» e «smart»*, in M. MAZZUCATO, *Non sprechiamo questa crisi*, Roma-Bari, 2020, p. 58.

⁵⁰ M. MAZZUCATO, R. SKIDELSKY, *Toward a New Fiscal Constitution*, in *Project Syndicate*, 10 luglio 2020, ora con il titolo *Una nuova costituzione fiscale*, in M. MAZZUCATO, *Non sprechiamo questa crisi*, cit., p. 77.

disavanzo e il debito⁵¹ e l'avvio di un nuovo percorso di utilizzo della leva degli aiuti alle imprese condizionati alle esigenze effettive della collettività, come l'aumento dell'occupazione, la tutela dell'ambiente, l'innovazione tecnologica. In tal modo, oltre tutto, gli aiuti statali alle imprese contribuirebbero ad aumentare il valore sociale dell'intervento pubblico in termini di effetti distributivi benefici. Si tratta di condizionare gli aiuti di Stato al perseguimento di vantaggi per la collettività com'è avvenuto, ad esempio, in Francia dove la concessione degli aiuti al settore aereo (Air France) è stata condizionata alla riduzione del 50 per cento delle emissioni di CO₂ entro il 2024⁵² oppure com'è avvenuto in Danimarca⁵³ e in Polonia⁵⁴ dove il regime di aiuti condiziona le società beneficiarie a non essere domiciliate nei paradisi fiscali e vieta il pagamento dei dividendi o il riacquisto delle azioni proprie⁵⁵. In tal modo, l'azione statale nell'economia riacquisterebbe un certo *appeal* dal punto di vista sia sociale sia imprenditoriale (nell'accezione sopra richiamata), anche considerando che lo Stato ha ripreso vigore quale soggetto attivo nell'economia assumendo in proprio talune iniziative, entrando nelle compagini societarie di grandi gruppi, difendendo i suoi *asset* strategici, intervenendo nella programmazione delle infrastrutture.

Prospettive di convergenza tra sostenibilità ambientale e sviluppo economico nella strategia italiana di contrasto al cambiamento climatico: il caso delle Zone Economiche Ambientali*

di CARLA ACOCCELLA

SOMMARIO: 1. - Ambiente ed economia, transizione verde e sviluppo economico: un'introduzione. 2. - La scarsità delle risorse come fattore determinante nella "rilettura" del bene ambiente e i beni comuni. Cenni. 3. - Ancora sulle declinazioni dell'equilibrio tra ragioni economiche e ragioni ambientali: il ruolo del principio di sviluppo sostenibile. Cenni. 4. - La sintesi tra obiettivi di sviluppo economico e target ambientali nel *Green Deal*. 5. - Gli incentivi per le attività condotte in aree protette. Dalla legge n. 394/1991 al Decreto Clima n. 111/2019. 5.1. - Le ZEA: all'incrocio tra economia *green* e protezione della natura. 5.2. - Forme di incentivazione di attività economiche sostenibili nella disciplina quadro delle aree protette. 6. - Le misure di politica economica sostenibile nel perimetro delle ZEA: tra leggi di bilancio ed interventi a contrasto dell'emergenza pandemica da Covid-19. 7. - Brevi cenni conclusivi.

1. L'istituzione delle zone economiche ambientali (d'ora in poi ZEA) e le prospettive aperte da tale istituzione e dal funzionamento a regime delle ZEA, pone al centro della riflessione l'intreccio tra la tutela dell'ambiente – in particolare nella declinazione "urgente" che ne propone la lotta al cambiamento climatico – e target di sviluppo economico.

L'idea di una commistione tra dimensione ambientale e dimensione economica riflette pienamente la prospettiva in cui si muove l'Agenda 2030, programma di azione per lo sviluppo sostenibile che propone l'intreccio tra più dimensioni: crescita economica, inclusione sociale e tutela ambientale¹. Nel pianificare

*Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Sull'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015, cfr. *United Nations, Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, disponibile su <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>. Di tale collegamento, riguardato come rilievo economico del patrimonio naturale sotto forma di investimenti, si veda G. GAGLIANI, *La controversa definizione di "investimento" alla prova della cultura e del patrimonio culturale e naturale: convergenza, divergenza e possibili*

⁵¹ J.E. STIGLITZ, *Riscrivere l'economia europea. Le regole per il futuro dell'Unione*, Milano, 2020, p. 71.

⁵² M. MAZZUCATO, G. DIBB, M. MCPHERSON, *The Path to COVID Recovery: The Urgent Need for the UE Green Deal and a New Approach to Industrial Strategy*, ora con il titolo *Il Green Deal non può aspettare*, in M. MAZZUCATO, *Non sprechiamo questa crisi*, cit., p. 68.

⁵³ M. MAZZUCATO, R. KATTEL, *Covid-19 and Public-Sector Capacity*, ora con il titolo *Il Covid-19 e la capacità del settore pubblico*, M. MAZZUCATO, *Non sprechiamo questa crisi*, cit., p. 105.

⁵⁴ G. LUCHENA, *Una nuova politica degli aiuti di Stato?*, cit., pp. 40 ss.

⁵⁵ M. MAZZUCATO, R. KATTEL, *Covid-19 and Public-Sector Capacity*, cit., p. 106. Sul tema degli aiuti di Stato concessi nei "paradisi fiscali europei", v. G. LUCHENA, *A agevolazioni fiscali e imprese: tra Italia e Europa*, in C. BERGONZINI, G. LUCHENA, *Le tasse non sono per tutti. L'ambivalenza delle agevolazioni fiscali. Quanto tolgono allo Stato, quanto danno ai cittadini?*, Milano, 2020, pp. 77 ss.

gli impegni in ordine allo sviluppo sostenibile da realizzare entro il 2030, il documento di natura programmatica, come noto, individua 17 obiettivi globali da realizzare e 169 traguardi da raggiungere², nel solco del superamento del tradizionale approccio alla questione della sostenibilità come emergenza di carattere precipuamente ambientale, e dall'incoraggiamento di una visione olistica di sviluppo, costituito appunto da variabili – economiche, sociali, ambientali – interconnesse.

L'accennata interconnessione è la premessa per una peculiare curvatura della strategia italiana di lotta al cambiamento climatico, che consente in potenza di utilizzare questa linea di intervento come un'occasione di sviluppo anche per aree insufficientemente sviluppate. Si pensi in tal senso alla eterna e non risolta questione dell'avanzamento economico del Mezzogiorno, area che presenta senz'altro una particolare ricchezza dal punto di vista naturale. Nello specifico, a comporre l'articolata filiera nella quale si sostanziano le politiche pubbliche interne del settore sono azioni che promuovono uno slancio economico dei territori, incentivando investimenti di "segno ambientale", e che saldano dunque in maniera evidente ambiente ed economia, in una dinamica di carattere circolare che collega la c.d. "transizione verde" alle "opportunità sul piano sociale ed economico che da tale transizione possono derivare"³. Il "Green New Deal" italiano, ossia la strategia di sviluppo declinata nel programma di governo italiano su questo fronte, è destinata a "dare avvio ad un disegno teso a cogliere le opportunità sul piano sociale ed economico" scaturenti dalla transizione verde, e a "portare avanti un piano di investimenti pubblici sinergici a quelli privati, rafforzando coi fatti il binomio sostenibilità-investimenti"⁴. Per semplificare in maniera estrema, sono due le spinte che alimentano questa connessione: da un

lato l'idea che il *Green New Deal* imponga una mobilitazione dell'economia, e quindi degli impegni economici che rendono effettivamente conseguibili gli obiettivi che lo sottendono. Ciò per la dinamica di intuitiva evidenza che a traguardi ambiziosi e ad un impegno imponente nel contrastare il riscaldamento globale e nell'avviare un nuovo ciclo di sviluppo sostenibile, debbano far seguito "investimenti di dimensioni adeguate"⁵. Dall'altro lato v'è l'idea che i target di carattere ambientale possano essere il volano di creazione di ricchezza, per la ponderosa mobilitazione di risorse: economiche in senso stretto, umane, di mezzi (fisici e non), quindi di tecnologie. E' in questo ultimo senso che in particolare ci si riferisce ad una rilettura in termini di opportunità economica delle sfide di carattere ambientale. Rilettura in qualche misura codificata da almeno un decennio. Essa, infatti, è alla base dell'idea, che trova campo all'indomani dei noti eventi del 2008-2009, che la "crescita verde" possa funzionare come una leva per affrontare e superare la crisi economica⁶. Tra gli obiettivi della strategia Europa 2020 adottata in tale prospettiva, per esempio, figura quello di raggiungere i traguardi fissati nel piano 2020 in materia di clima ed energia (compreso un incremento del 30% della riduzione delle emissioni se le condizioni lo permettono)⁷.

2. Ma a ben guardare questo intreccio così significativo tra ambiente ed economia ha radici ben più antiche del "*Green New Deal*"⁸, o delle strategie messe in campo per reagire alla crisi economico-finanziaria del 2008. Esso riposa nella stessa tendenza ad accentuare la percezione e la configurazione in termini

integrazioni, in *Dir. comm. Internaz.*, 1/2019, pp. 49 ss.: "È di tutta evidenza che la cultura intesa quale complesso delle espressioni della natura umana e il patrimonio culturale e naturale, abbiano assunto oggi grande rilevanza sotto diversi profili, incluso quello economico. A tal riguardo, attività legate alla cultura e/o al patrimonio possono formare oggetto non solo di transazioni commerciali ma anche di investimenti".

² Sulla natura di *soft law* del documento programmatico in relazione alla formulazione ampia degli obiettivi che ne renderebbe incerta la portata normativa e la effettiva realizzazione, si veda V. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, Milano, 2017, p. 44, e C. CINELLI, *La disciplina della ricerca scientifica in mare alla luce della recente prassi internazionale*, in *Riv. dir. internaz.*, 1/2020, p. 103.

³ Su questo cfr. il Comunicato Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare del 31.10.2019: "Ambiente, le linee programmatiche del Ministro Sergio Costa", in <https://www.minambiente.it/comunicati/ambiente-le-linee-programmatiche-del-ministro-sergio-costa>. Per l'audizione presso la Commissione Ambiente della Camera dei Deputati del ministro dell'ambiente, del 27.11.2019 si veda https://www.camera.it/leg18/1132?shadow_primapagina=9952.

⁴ Così sempre Comunicato Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare del 31.10.2019, cit.

⁵ T. TREU, *Diritto e politiche del lavoro tra due crisi*, in *Dir. Relaz. Internaz.*, 2/2020, pp. 235 ss.

⁶ Su questo profilo si veda OECD, *Green Growth: Overcoming the Crisis and Beyond*, 2009. Di recente in tema anche il Dossier n. 26 del 19.10.2020 della Camera dei Deputati, Incontro delle Commissioni VIII e X con una delegazione della Commissione per l'economia e l'energia del Bundestag, che dopo aver rappresentato i tentativi dell'UE di "migliorare la produttività delle economie degli Stati membri" e di "rafforzare la competitività dell'UE a livello globale a fronte della crescita esponenziale delle cosiddette economie emergenti", colloca entro tale cornice la "Strategia Europa 2020 adottata dalla Commissione europea nel 2010 a seguito della crisi economica e finanziaria globale". Si veda European Commission, *Recovering from the crisis – 27 ways of tackling the employment challenge*, 2009.

⁷ Cfr. ancora il Dossier n. 26 del 19.10.2020 della Camera dei Deputati cit. In tema v. BÖHRINGER, C., T.F. RUTHERFORD e R.S.J. TOL (2009), *The EU 2020/2020 targets*, disponibile su www.voxeu.org, 4.12.2009.

⁸ Espressione riferita al pacchetto adottato dagli Stati Uniti al fine di contrastare il cambiamento climatico e la disegualianza economica – Risoluzione "*Recognizing the duty of the Federal Government to create a Green New Deal*" presentata nel 2019 al Congresso da Alexandria

(soprattutto) economici del bene ambiente⁹, la quale viene approfondendosi, come è evidente, in occasione dell'alterazione e del deterioramento delle condizioni ambientali, del cambiamento climatico, che infatti complessivamente contribuiscono a puntare i riflettori sulla "consumazione" del territorio, del paesaggio, dell'ambiente, e a valorizzare la relazione tra l'uomo e le risorse scarse (in cui tali istituti si traducono) come determinante per l'acquisizione di rilevanza giuridica da parte dei beni (in senso economico)¹⁰. Questa sottolineatura della scarsità e della limitatezza delle risorse, praticata con grande enfasi in relazione alle risorse naturali del pianeta terra¹¹, assume una curvatura del tutto peculiare con riguardo alla categoria dei beni comuni, cui le risorse naturali, così come l'ambiente e il paesaggio¹², vengono generalmente ricondotte. Si tratta di

Ocasio-Cortez, reperibile in <https://assets.documentcloud.org/documents/5729033/Green-New-Deal-FINAL.pdf> – che rievoca notoriamente il "New Deal" roosveltiano appunto per rinviare alla messa in campo di riforme economiche e di interventi infrastrutturali che combinano l'approccio economico roosveltiano, e quindi l'intervento statale in economia in chiave anticiclica, con le attuali leve di sviluppo rappresentate dall'efficientamento energetico e dalla promozione dell'uso di risorse rinnovabili. L'espressione, sviluppata nel corso del 2008 in UK dal Green New Deal Group di cui era membro fondatore la New Economics Foundation, era stata nel 2009 ripresa da un rapporto dell'UNEP, programma per l'ambiente delle Nazioni Unite, che introdusse il Green New Deal nell'ambito della Green Economy Iniziative per orientare i pacchetti di stimolo anticrisi dei governi. In tema J. RIFKIN, *Un Green New Deal globale*, Milano, 2019. Sulla valorizzazione dei "benefici economici derivanti dal risparmio energetico", in particolare in chiave di occasione di sviluppo per territori meno avanzati, le c.d. Regioni Convergenza (Calabria, Campania, Puglia, Sicilia), si veda il volume, *Rinnovabili ed efficienza energetica. Un racconto lungo una programmazione. I fondi europei 2007-2013 un'opportunità per il Sud*, in <https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/VolumePOIEnergia.pdf> che dà conto del Programma Operativo Interregionale (POI) e delle opportunità, in cui esso si sostanzia, di riguardare obiettivi di marca ambientalista – nella fattispecie risparmio energetico – come ragioni valide per attrarre risorse finanziarie e realizzare investimenti, nella specie come motivo per promuovere e "rafforzare la domanda pubblica connessa al rinnovamento energetico".

⁹ Tale tendenza riposa sulla valorizzazione del legame tra l'utilizzatore (l'uomo) delle risorse naturali che integrano l'ambiente e le stesse risorse, unitamente alla valorizzazione delle loro caratteristiche di intrinseca utilità, idoneità ad essere oggetto di godimento, e limitatezza, o altrimenti detto disponibilità limitata.

¹⁰ Sul punto si rinvia alle considerazioni di S. PUGLIATTI, *Beni (voce)*, in *Enc. Dir.*, V, pp. 164 ss., spec. p. 169: "la scienza economica considera ... beni in rapporto alla loro utilità e utilizzabilità da parte degli uomini; la scienza giuridica li considera sotto il profilo della tutela da parte dell'ordinamento", e sulla relazione tra le due nozioni – economica e giuridica – di bene C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 2004, p. 50: "secondo l'opinione che lega la nozione di bene giuridico a quella di bene economico, non sarebbero beni le cose disponibili liberamente in natura ... tali cose non avrebbero il requisito della limitatezza".

¹¹ H. ARENDT, *La vita della mente*, Bologna, 1987, pp. 7 ss.: "Non l'Uomo, ma gli uomini abitano questo pianeta. La pluralità è la legge della terra".

¹² In tema cfr. L.R. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *Riv. giur. ambiente*, 2009, pp. 1 ss..

una categoria che, definendosi intorno alla dimensione collettiva di godimento, utilizzazione e disponibilità, si pone come noto in tensione con il tradizionale modello proprietario – in particolare rispetto all'opzione pubblico-privato – suggerendone alternativamente il superamento a vantaggio del paradigma della "titolarità diffusa", della prevalenza della gestione e della funzione rispetto all'appartenenza¹³, o piuttosto ribadendo la validità di questo schema nella sua declinazione collettiva – dunque della proprietà collettiva¹⁴ – notoriamente praticato proprio per le aree naturali protette¹⁵. L'economia di questa riflessione non consente di indugiare sul tema dei beni comuni che, a dispetto del carattere articolato del dibattito intorno alla loro nozione e natura giuridica¹⁶, richiama tuttavia sul piano economico evidenti profili di contiguità con i problemi posti dal *climate change* e dalla riflessione sull'utilizzo sostenibile delle risorse ambientali, proprio nella misura in cui gli economisti, nell'inferire la non sovrapposibilità della categoria in questione a quella dei beni pubblici, mettono

¹³ Si vedano i lavori della Commissione sui Beni Pubblici istituita con D.M. 21.6.2007, presieduta da S. Rodotà, finalizzata all'elaborazione di uno schema di l. delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici. In tema S. RODOTÀ, *Il valore dei beni comuni*, in *Repubblica.it*, 5.1.2012.; ID., *Il terribile diritto*, Bologna, 2013; A. LUCARELLI, *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Quale Stato*, 3-4/2007, pp. 87 ss.; ID., *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013. Sulla novità della categoria dei beni comuni per tutti si veda U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011.

¹⁴ Questo è l'itinerario esegetico percorso per esempio da C. IANNELLO, *Il diritto all'acqua. Proprietà collettiva e Costituzione*, Napoli, 2013 che, con riferimento alla risorsa idrica, sostiene che la "dichiarata natura di bene demaniale" dell'acqua "possa contribuire a qualificare il diritto all'accesso alla risorsa idrica", e che "le teorie sui beni comuni sono ... frutto di un fraintendimento della nozione di demanio (e di beni pubblici)" (p. 175), che rimandano a categorie giuridiche contenenti già le risposte alle esigenze che sottendono la dogmatica dei beni comuni. In particolare l'A., muovendo dall'idea che la teoria dei beni comuni consideri il modello civilistico della proprietà individuale l'unico praticabile, rispetto al quale il fenomeno della proprietà pubblica sarebbe mera variante, valorizza invece le peculiarità del demanio, della proprietà pubblica, che evocerebbero "una forma di appartenenza alternativa (opposta) alla proprietà individuale". La locuzione "proprietà pubblica" sarebbe in continuità con "la tradizionale configurazione del demanio come proprietà collettiva" (p. 169).

¹⁵ Punto richiamato da V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Pol. dir.*, 1/2014, pp. 3 ss., ai quali si rinvia anche per gli esiti del dibattito sui beni comuni e della rivalutazione del momento comunitario praticato per l'ambiente e per il paesaggio sulla prospettiva di configurare una legittimazione processuale collettiva che rifletta gli interessi rilevanti.

¹⁶ A questo proposito infatti sembra opportuno richiamare le notazioni di V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, cit., secondo i quali "non stupisce che le argomentazioni di ordine giuridico siano caratterizzate da una certa coerenza nella fase *destruens* del ragionamento (ossia nella critica dei modelli tradizionali), mentre non lo siano nella fase *construens* nella quale invece la definizione stessa di 'bene comune' diventa, a volte, inafferrabile".

in evidenza la tendenziale rivalità nell'uso di tali beni¹⁷ e dunque profili legati ad un consumo e ad un utilizzo dei beni, da parte di alcuni, che ne pregiudichi la fruizione da parte di altri, in quanto condotto oltre una soglia sostenibile, e ponga in questo senso problemi di sovrasfruttamento delle risorse e di ostacolo al rinnovo delle stesse secondo il loro naturale ciclo biologico¹⁸.

In sostanza il profilo che consente di cogliere le ragioni di tutela giuridica delle aree protette è rappresentato dal collegamento con il loro carattere “scarso” – riflesso, lo si è detto, della loro configurazione in termini di bene economico – e cioè dalla necessità di evitare la consumazione totale e l'alterazione irreversibile degli elementi costitutivi degli ecosistemi. In questa prospettiva snodo determinante nella disciplina delle aree protette è rappresentato, a seguito della considerazione della stessa come parte della più ampia tutela dell'ambiente, dall'affermazione della medesima come oggetto di una specifica legislazione quadro (nel 1991)¹⁹, e dalla successiva emersione della sua autonoma rilevanza rispetto alla materia protezione della natura, consacrata dalla introduzione del termine “tutela dell'ecosistema” ad opera della riforma costituzionale del 2001. Nel considerare la commistione di ragioni economiche e conservative dell'ecosistema, è utile (anche solo) richiamare il dato di contesto che ha accompagnato l'individuazione di un fondamento autonomo della “protezione della natura” rispetto alla “tutela dell'ambiente”. In corrispondenza di tale snodo, infatti, emerge in qualche misura una tensione tra l'obiettivo, che si riflette nella tutela dell'ambiente, di contemperare le esigenze di conservazione di quest'ultimo con esigenze di sviluppo economico (industriale) e civile della società, e l'obiettivo, che sottende la protezione della natura, di riservare una posizione recessiva allo sviluppo economico rispetto alla prima o comunque di garantire una regolazione delle attività umane nelle aree protette diversa da quella ordinaria. Ma è poi la stessa istituzione delle aree naturali protette ai sensi della disciplina organica del 1991 a riproporre le ragioni dell'accennata complessità e di intreccio di finalità, essendo essa indirizzata, non solo alla protezione della natura – rispetto alla quale, peraltro, le “aree naturali

protette” si rivelano strumenti di invero²⁰ – ma altresì al perseguimento di ulteriori interessi pubblici che ne sottendono il godimento collettivo, consistenti in finalità educative e ricreative, nonché nella promozione dello sviluppo economico-sociale e nell'attrazione di risorse finanziarie²¹.

3. Come noto il concetto di sostenibilità dello sviluppo che sostanzia lo spettro assiologico del relativo principio, è espressione di una sintesi, o almeno della ricerca di una sintesi, tra obiettivi di sviluppo delle attività economiche ed esigenze di salvaguardia dell'ecosistema. L'affermazione del principio nel quadro ordinamentale internazionale ha tracciato una linea evolutiva lungo la quale è stata progressivamente dismessa la polarizzazione tra finalità di sviluppo e crescita da un lato, e finalità di protezione ambientale dall'altro lato, e il fattore ambiente è stato individuato esso stesso quale occasione e cornice dello sviluppo economico²². Ne sarebbe esemplificazione evidente la finalizzazione dello sviluppo sostenibile, operata nel contesto europeo, allo scopo di “eliminare la povertà”, predicata espressamente dall'art. 21 TUE per i “paesi in via di sviluppo sul piano economico, sociale e ambientale”. Così concepito, lo sviluppo economico nel contesto ambientale è stato evidentemente curvato sul perseguimento di obiettivi peculiari ed ulteriori, come quello di preservare a vantaggio delle generazioni future il godimento di un ambiente idoneo alla salute e al benessere delle prime, in forza di un principio di responsabilità generazionale²³. Il principio di

²⁰ Su tale punto si veda *ex plurimis* C. cost., n. 79 del 1972 secondo la quale “l'istituzione di riserve naturali rappresenta una tipica forma di intervento preordinato alla protezione della natura e, più precisamente, alla conservazione del bene naturale, giacché essa comporta l'esclusione di ogni attività che possa compromettere lo stato attuale”; e ancora i parchi rappresenterebbero “istituzioni giuridiche tipizzate e preordinate alla stessa protezione della natura”.

²¹ V. l'art. 1, L. n. 394/1991 a mente del quale l'istituzione di aree naturali protette e lo speciale regime di tutela e di gestione di territori che presentino valore naturalistico e ambientale, regime cui la stessa dà luogo, persegue diverse finalità tra le quali “applicazione di metodi di gestione o di restauro ambientale idonei a realizzare una integrazione tra uomo e ambiente naturale, anche mediante la salvaguardia dei valori antropologici, archeologici, storici e architettonici e delle attività agro-silvo-pastorali e tradizionali”, “promozione di attività di educazione, di formazione e di ricerca scientifica, anche interdisciplinare, nonché di attività ricreative compatibili”, “difesa e ricostituzione degli equilibri idraulici e idrogeologici”.

²² Coglie un mutamento di passo, nel superamento della enunciazione del principio presente nella Dichiarazione di Stoccolma del 1972, come risultante di due esigenze a prima viste opposte, ad opera del Rapporto “Our Common Future” del 1987 del Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente, c.d. Rapporto Brundtland, A. SOLA, *Sostenibilità ambientale e Green New Deal: prime analisi in commento alla legge di bilancio 2020*, in *federalismi.it*, 10/2020.

²³ Il collegamento tra le esigenze rispettivamente delle generazioni presenti e future nel definire la dimensione della sostenibilità delle azioni rilevanti emerge nella Conferenza delle Nazioni

¹⁷ E. OSTROM, *Governare i beni comuni*, Venezia, 2009, p. 11. In tema cfr. L. NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, 2012, pp. 69 ss..

¹⁸ A tal proposito D.H. MEADOWS, D.L. MEADOWS, J. RANDERS, *I nuovi limiti dello sviluppo, La salute del pianeta nel terzo millennio*, Milano, 2006.

¹⁹ Cfr. la legge 6 dicembre 1991, n. 394, legge quadro sulle Aree Protette. In tema si veda N. AICARDI, *Specificità e caratteri della legislazione sulle aree naturali protette: spunti ricostruttivi delle discipline territoriali differenziate*, in F. BASSI, L. MAZZAROLLI (a cura di), *Pianificazioni territoriali e tutela dell'ambiente*, Torino, 2000.

sviluppo sostenibile si muove così in sinergia con altri principi ambientali, di cui esso è fondamento e che “danno sostanza al dovere di solidarietà”²⁴.

L'ingresso formale della previsione nell'ordinamento giuridico interno attraverso l'inserimento di una specifica prescrizione sul punto nel Codice dell'Ambiente (art. 3-*quater*, d. lgs. n. 152/2006), non determinante nella prospettiva di fornire strumenti di adozione di scelte amministrative sostenibili effettivamente innovativi (rispetto alle prospettive attingibili già in precedenza in forza del quadro comunitario), è stato giudicato in ogni caso espressione di un tentativo di restituire una dimensione giuridica al dibattito politico relativo alla necessità di contrastare il *climate change*, gravido di conseguenze (si vedano i “profili della responsabilità politica, del contraddittorio/partecipazione e della trasparenza”)²⁵, non solo di marca economica, etica, scientifica.

Di più la codificazione interna del principio, nonostante la portata prevalentemente ricognitiva della disposizione a ciò dedicata, convalida un approdo, o comunque il tentativo di approdare al superamento dell'accennata dimensione oppositiva tra tutela dell'ambiente e mercato/sviluppo economico, o altrimenti detto, tra mera protezione dell'ambiente esistente/aprioristica difesa della natura ed esigenze di sviluppo socio-economico. La sostenibilità è criterio che infatti – lo prova con evidenza l'alchimia di spinte assiologiche riflessa nei trattati europei – disvela la funzionalità dell'ambiente a proteggere il mercato e le esigenze economico-produttive e di sviluppo di generazioni (quelle attuali) che, ove frustrate dalla mera tutela ambientale, sacrificerebbero quelle di generazioni future, ed in questa prospettiva, la “finalità ultima della protezione della specie umana che ispira la disciplina ambientale”. Ed è questa penetrazione di criteri di

sostenibilità nelle politiche ambientali, ma anche in politiche di diverso segno, che assicura la messa in campo di interventi che si muovono dall'estremo della rigida conservazione dell'ambiente a quello della sua “ragionevole” aggressione, ove giudicata positiva nel quadro generale, ossia foriera di un esito complessivo “sostenibile”²⁶. In altre parole la sostenibilità assurge a criterio razionalizzatore e indicatore della accettabilità di azioni che si prefiggano di proteggere l'ambiente e la natura (un intervento a tutela dell'ambiente è percorribile solo se sostenibile), ma anche di scelte pubbliche ulteriori, che rimontano a comparti differenti, le quali, pur prive di una caratterizzazione in senso ambientale, parimenti debbano considerare l'interesse di cui il principio di cui si discute è vettore.

4. Ora, la strategia che nel solco del *Green New Deal* persegue obiettivi di contrasto al cambiamento climatico intrecciati con finalità di lotta alle disuguaglianze – registrando esiti per la verità più concreti sul piano europeo rispetto a quanto prospettato negli USA²⁷ – sostiene la descritta prospettiva della sostenibilità, tenendo insieme fini apparentemente contrapposti, o comunque non coincidenti. Il superamento della polarizzazione nei sensi in cui si è fin qui detto, percorre l'idea di realizzare un futuro sostenibile mediante la promozione di investimenti pubblici e privati messi in campo attraverso condotte responsabili da parte degli operatori economici nel segno della promozione delle biodiversità e della protezione ambientale. E come si cercherà di dire, la strategia italiana che si situa nel solco del *Green Deal* europeo, anche attraverso la promozione delle Zone Economiche Ambientali, ripropone questa visione sincretica di target di sviluppo economico e ambientale nella chiave della sostenibilità. La agenda strategica europea 2019-2024 contempla tra le principali priorità cui informare le azioni di istituzioni sovranazionali e statali quella di “sviluppare una base economica forte e vivace”, nonché “costruire un'Europa verde, equa, sociale e a impatto climatico zero”. L'accennata capacità sincretica²⁸ è esibita

Unite su Ambiente e Sviluppo di Rio de Janeiro del 3-14 giugno 1992, dalla Convenzione sulla diversità biologica del 1993 (art. 2). Si veda poi l'art. 3-*quater*, d. lgs. n. 152/2006 su cui *infra*. Il c. 1 dello stesso articolo dispone che: “1. Ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future”, e ancora il c. 3 che “Data la complessità delle relazioni e delle interferenze tra natura e attività umane, il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro”.

²⁴ Sul punto F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, pp. 13 ss., che ha osservato come il principio di sviluppo sostenibile apparisse destinato a diventare “la chiave di volta del diritto ambientale” riflettendone il “carattere essenziale e, cioè, la matrice di doverosità e il vincolo posto in capo alle generazioni attuali a garanzia di quelle future”.

²⁵ Sono considerazioni di F. FRACCHIA, *op. ult. cit.*, pp. 17-18.

²⁶ A questo proposito F. FRACCHIA, *op. ult. cit.*, p.21, fa riferimento ad una duplice concezione di tutela dell'ambiente: “la prima attiene all'ambiente direttamente colpito dall'aggressione umana (rumore, onde elettromagnetiche, inquinamenti vari e così via), la seconda ha di mira l'equilibrio generale, sicché, ad esempio, si giustificano interventi aggressivi che, in una logica generale, comportino un minor carico complessivo e, cioè, una riduzione dell'inquinamento equivalente”.

²⁷ Sul punto S. CAVALIERE, *Il progetto Green New Deal e gli incentivi verdi: è tutto oro quello che luccica?*, in *Dir. pubbl. eur. online*, 1/2020, pp. 1 ss.. Si veda pure S. MORATTI, *Green deal europeo: nuove prospettive per la fiscalità dell'energia nelle politiche di gestione dei rischi climatici*, in *Riv. dir. finanz. e sc. finanze*, 4/2020, pp. 439 ss.

²⁸ Sulla necessità di mettere in campo una trasformazione congiunta di finanza, economia e ambiente in ragione della loro interconnessione si veda M. CAFAGNO, *Analisi economica del diritto e ambiente, tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Il dir. eco.*, 2/2019, pp. 159 ss..

dall'orizzonte della transizione climatica nella misura in cui quest'ultima offra all'UE e ai suoi Stati membri una reale opportunità di modernizzarsi e di assicurare a "leader globali in un'economia verde". A sua volta l'effettiva transizione è subordinata, tra le altre, ad una "consistente mobilitazione di investimenti privati e pubblici e alla disponibilità di un'efficace economia circolare, nonché alla presenza di un mercato europeo dell'energia integrato, interconnesso e ben funzionante"²⁹. Nella medesima prospettiva l'obiettivo di realizzare "un'UE a impatto climatico zero entro il 2050", che come noto compendia il *Green Deal* europeo, salda la "transizione verso la neutralità climatica" con le "opportunità significative" in termini di "potenziale di crescita economica", "nuovi modelli di business e mercati", e "nuovi posti di lavoro e sviluppo tecnologico"³⁰. Il *Green Deal* europeo, indicato come funzionale all'attuazione dell'Agenda 2030 e degli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite, viene infatti presentato dalla Commissione come "la tabella di marcia per rendere sostenibile l'economia dell'UE", attraverso la trasformazione delle "problematiche climatiche" e "delle sfide ambientali in opportunità in tutti i settori politici e rendendo la transizione equa e inclusiva per tutti"³¹. Nel quadro composito di azioni intraprese a livello europeo per perseguire gli obiettivi accennati, tra le quali si segnala la proposta di una legge europea sul clima³², l'istituzione di un "fondo per la transizione giusta" – oggetto di una successiva rideterminazione nell'ambito del

*Next Generation EU*³³ – è il segno della presa d'atto che la transizione climatica si traduca (stavolta più che in un'occasione di crescita economica), in parte e nell'immediato, in un rallentamento dei ritmi di sviluppo, in un declino, in una crisi economica (finanziaria, occupazionale, sociale), di aree e settori particolarmente dipendenti da processi non più sostenibili secondo la linea tracciata dal *Green Deal*, e per i quali, quindi, il cambiamento si sostanzia in un costo, o in perdite che reclamano ristori. Ed è in questa prospettiva che al "contributo fornito dal bilancio dell'UE tramite tutti gli strumenti direttamente attinenti alla transizione", in particolare il FESR e il FSE+, viene affiancato un "meccanismo per una transizione giusta" che si fonda su tre pilastri: "1) un Fondo per una transizione giusta, attuato in regime di gestione concorrente, 2) un regime specifico nell'ambito di InvestEU e 3) uno strumento di prestito per il settore pubblico attuato con il gruppo BEI al fine di mobilitare ulteriori investimenti a favore delle regioni interessate"³⁴. E nell'ambito di tale meccanismo, mentre il regime InvestEU è volto ad attrarre investimenti privati, e il partenariato con la BEI finalizzato a mobilitare finanziamenti pubblici, il Fondo per una transizione giusta è essenzialmente teso a consentire sovvenzioni, ed opera pertanto in quell'ottica di sostegno alle soggettività/territori "colpiti" dalla transizione climatica, allo scopo di rendere la stessa transizione sostenibile³⁵. E' evidente che questa linea di intervento nasca nel solco di una questione di coesione, come è quella che si presenta ove si consideri che non tutte le regioni europee dispongono degli stessi mezzi e capacità rispetto al perseguimento di obiettivi di sostenibilità ambientale³⁶. D'altro canto non sembra possibile neanche prefigurare una traiettoria univoca in termini di coesione guardando agli effetti ascrivibili a questa linea di intervento se, come è stato segnalato³⁷, la circostanza che il fondo per la transizione operi nel solco dei cofinanziamenti alimentati

²⁹ Per l'agenda strategica UE 2019-2024, del 20-21.6.2019 cfr. <https://www.consilium.europa.eu/media/39937/a-new-strategic-agenda-2019-2024-it.pdf>.

³⁰ Cfr. le Conclusioni sui cambiamenti climatici adottate dal Consiglio europeo il 12.12.2019 <https://www.consilium.europa.eu/media/41783/12-euco-final-conclusions-it.pdf>. Cfr. altresì la Comunicazione COM (2019) 640 final.

³¹ Cfr. la presentazione della Commissione EU del piano d'azione implicato dal *Green Deal* europeo in https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_it. Si veda sul punto altresì la Comunicazione della Commissione del 14.1.2020 COM(2020) 21 final, Piano di investimenti per un'Europa sostenibile.

³² Cfr. la Proposta di Regolamento che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (UE) 2018/1999 (legge europea sul clima), COM(2020) 80 final del 4.3.2020 in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0080&from=EN>. La proposta vincola l'UE all'obiettivo "giuridicamente vincolante della neutralità climatica" entro il 2050, conferendo alla Commissione "il potere di adottare atti delegati per definire la traiettoria verso la completa decarbonizzazione nel periodo 2030-2050": cfr. Dossier Camera dei Deputati, n. 26 del 19.10.2020 cit.. Sul punto si vedano anche le Conclusioni del Consiglio europeo del 10-11.12.2019, l'Orientamento generale del Consiglio dell'UE del 17.12.2020 in <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14171-2020-INIT/it/pdf>, nonché il Comunicato stampa del 21.4.2021 che dà conto dell'accordo raggiunto dal Consiglio e dal Parlamento sul punto, in <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/04/21/european-climate-law-council-and-parliament-reach-provisional-agreement/>.

³³ Il Piano *Next Generation EU* è, unitamente al Quadro finanziario pluriennale 2021-2027, su cui il Consiglio europeo ha raggiunto un accordo nella riunione del 17-21.7.2020, uno strumento di pianificazione della ripresa dell'economia indirizzato a far fronte ai danni economici e sociali causati dalla crisi pandemica da Covid-19. Nell'ambito del *Next Generation EU* al Fondo per una transizione giusta è destinato un importo di 10 miliardi di euro, cui vanno aggiunti 7,5 miliardi a titolo del bilancio pluriennale dell'UE: su questo cfr. Dossier Camera dei Deputati n. 26 del 19.10.2020, cit.

³⁴ Così la proposta di Reg., COM(2020) 22 final del 14.1.2020, cit.

³⁵ Nella proposta di Reg., COM(2020) 22 final del 14.1.2020, cit. si legge a tal proposito che "il Fondo per una transizione giusta si concentrerà sulla diversificazione economica dei territori maggiormente colpiti dalla transizione climatica nonché sulla riqualificazione professionale e sull'inclusione attiva dei loro lavoratori e delle persone in cerca di lavoro".

³⁶ Sul punto cfr. ancora S. CAVALIERE, *Il progetto Green New Deal*, cit., p. 5.

³⁷ S. CAVALIERE, *Il progetto Green New Deal*, cit., p. 9.

dai fondi per lo sviluppo regionale e sociale, e quindi implichi la distrazione dei fondi verso obiettivi diversi rispetto a quelli inizialmente perseguiti, potrebbe risolversi in una ragione di compromissione dei target di coesione dei territori, come quelli del Mezzogiorno italiano³⁸, caratterizzati da ritmi di sviluppo meno sostenuti³⁹. Danno conto del fatto che le principali sfide poste dal *climate change* incrocino trasversalmente il nodo del “ritardo” in cui versano alcune zone del Paese⁴⁰, anche le recenti dichiarazioni che ricorrono nel Piano nazionale di ripresa e resilienza. Alla presentazione delle sei missioni in cui è articolato il Piano – digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura; rivoluzione verde e transizione ecologica; infrastrutture per una mobilità sostenibile; istruzione e ricerca; inclusione e coesione; salute – e della coerenza tra i target dello stesso Piano e i parametri fissati in sede europea sulle quote di progetti “verdi”, fa seguito l’impegno a destinare il “40 per cento circa delle risorse territorializzabili” al Mezzogiorno “a testimonianza dell’attenzione al tema del riequilibrio territoriale”, che è peraltro conseguibile non attraverso singoli interventi, ma quale obiettivo trasversale “in tutte le componenti del PNRR”⁴¹.

³⁸ Sulla contraddizione che emergerebbe dalla ripartizione dei fondi destinati alle politiche di sviluppo – che nella definizione europea prescindono dalla determinazione territoriale di un’area – nella misura in cui essa rifletterebbe l’adesione alla politica europea di coesione, da un lato, e alle politiche di sostegno diretto al Mezzogiorno, dall’altro, S. CASSESE, *Dallo sviluppo alla coesione. Storia e disciplina vigente dell’intervento pubblico per le aree insufficientemente sviluppate*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2018, pp. 579 ss. In ordine al rischio di “rigetto” del progetto di transizione in cui il *Green Deal* si sostanzia, e alla necessità di “definire schemi di compensazione efficaci per bilanciare i potenziali effetti distributivi avversi connessi alle nuove politiche ambientali che dovranno essere introdotte”, v. S. MORATTI, *Green deal europeo*, cit.

³⁹ Sul collegamento tra le condizioni in cui versa il Mezzogiorno e le sfide/opportunità poste dal *Green Deal* si veda il Piano SUD 2030 – *Sviluppo e coesione per l’Italia*, in http://www.ministro-perilsud.gov.it/media/2003/pianosud2030_documento.pdf, dove si legge: “Il nostro Sud è infatti tra le aree più esposte del Paese agli effetti del mutamento climatico e dei processi di marginalizzazione sociale e territoriale connessi all’attuale modello di sviluppo. Per questo, nella cornice delle missioni del Piano, è essenziale finanziare azioni e interventi che, nello spirito del *Green Deal*, consentano una transizione ecologica giusta, contribuendo alla trasformazione verso un’economia a basse emissioni di carbonio, proteggendo al contempo le persone più fragili in una società più inclusiva e giusta” ... “Per il Sud, il nuovo corso verde dell’economia e della società può rappresentare un’occasione unica, dopo decenni, per non limitarsi a inseguire i processi di sviluppo più avanzati ma per anticipare e sperimentare nuove vie di produzione e benessere”.

⁴⁰ Su cui si veda anche S. MORATTI, *Green deal europeo ...*, cit.: “La sfida di una effettiva svolta verso un’economia green, non trova tutte le regioni e gli Stati membri allo stesso livello di partenza”.

⁴¹ Cfr. il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, trasmesso al Parlamento il 25.4.2021, disponibile su <https://www.governo.it/it/articolo/pnrr/16718>. Nel quadro degli interventi specificamente diretti alla coesione territoriale vi è, peraltro, il rafforzamento delle Zone economiche speciali.

5. L’idea di accordare benefici economici e più in generale di favorire lo svolgimento di attività economiche di segno preciso, per esempio assicurandosi che esse siano funzionalmente dirette a tutelare l’ambiente nel solco della strategia di contrasto al cambiamento climatico, esibisce anzitutto coerenza con l’evoluzione della legislazione a tutela del paesaggio e con l’individuazione della conservazione dell’equilibrio ecologico quale interesse generale sotteso alla protezione della natura, e dunque con l’individuazione della qualità ambientale, piuttosto che di quella estetica, del sito protetto quale valore giuridico da tutelare. In secondo luogo tale idea riposa sulla compatibilità di una serie di strumenti attuativi della protezione della natura con il quadro costituzionale in tema di libertà di iniziativa economica e funzione sociale della proprietà, che complessivamente legittimano istituti che limitano o conformano le facoltà di utilizzo dei beni che ricadono nelle (o di svolgimento di attività all’interno delle) aree protette. In relazione a questo ultimo punto, e in particolare in forza del riferimento al limite della utilità sociale, si determinano classicamente le coordinate che legittimano misure dirette a indirizzare e coordinare l’esercizio di attività di impresa in funzione della conservazione delle risorse protette presenti nelle aree in questione, o ancora interventi tesi a incentivare e favorire l’esercizio di attività economiche da parte di privati, rispettose dei valori cui si ispira l’istituzione dell’area protetta.

La linea italiana di contrasto al cambiamento climatico, naturalmente da mettere in relazione al *Green Deal* europeo, è contenuta in misura qualificante nel d.l. n. 111/2019, il c.d. Decreto Clima. Quest’ultimo, tra le altre cose, e nel corpo di una disposizione rubricata appunto “Misure per contrastare i cambiamenti climatici e migliorare la qualità dell’aria nelle aree protette nazionali e nei centri urbani” (art. 4-ter)⁴² istituisce le Zone Economiche Ambientali.

5.1. E’ già il dato testuale, attraverso la rubrica, a “saldare” il perseguimento dei target iscritti nel *Green Deal* italiano, per questa parte, ai target di protezione della natura – l’ambito applicativo della norma e dell’istituto di cui si discute è disegnato intorno alle “aree protette” – che, nel servire interessi di protezione dell’equilibrio ambientale globalmente inteso, implicano altresì, come detto, ulteriori traguardi, di marca latamente economica, se ed in quanto con i primi compatibili, se ed in quanto ai primi funzionali.

⁴² Articolo inserito in sede di conversione del d.l. n. 111/2019, dall’art. 1, c. 1 della L. di conversione 12.12.2019, n. 141.

Sono appunto le “aree naturalistiche a livello nazionale” – nelle quali la fruizione antropica ha peraltro, tradizionalmente, minor spazio rispetto a quello goduto nei parchi regionali – ad essere riguardate dalla disposizione come terreno elettivo per la costituzione delle aree di vantaggio economico in cui si sostanziano le ZEA. L’istituzione delle ZEA in ciascuno dei parchi nazionali⁴³ schiude la possibilità di accedere ad una serie di agevolazioni per le imprese che ivi vengano stabilite o che già insistano su quei territori, e che avviino un programma di attività o investimenti incrementali compatibili con finalità di carattere ambientale e di contrasto al cambiamento climatico, altrove declinate⁴⁴, anche con uno specifico sguardo alle opportunità offerte in questa direzione “dalle aree e dai siti protetti nazionali, internazionali e dell’UE”⁴⁵.

In particolare, una quota dei proventi derivanti delle aste previste nell’ambito del sistema per lo scambio di quote di emissione di gas a effetto serra, cui la norma istitutiva delle ZEA opera un rinvio (art. 19, c. 6, d. lgs. n. 30/2013, cit.) funzionale a identificare le finalità incentivabili, è destinata a coprire i contributi a “favore delle piccole e medie imprese con sede operativa all’interno di una ZEA, che svolgono attività economiche eco-compatibili”⁴⁶, secondo le modalità e condizioni fissate appunto dal decreto clima nel corpo della norma in questione.

⁴³ La norma (art. 4-ter, c. 1, d. l. n. 111/2019) testualmente dispone che “il territorio di ciascuno dei parchi nazionali costituisce una zona economica ambientale (ZEA)”. Per l’elenco ufficiale delle Aree protette si veda l’aggiornamento presente sul sito web del Ministero per la transizione ecologica <https://www.minambiente.it/pagina/elenco-ufficiale-delle-aree-naturali-protette-0>. Sul punto si veda anche la Scheda di Lettura della legge di Bilancio 2021, A.S. 2054 del Servizio Studi del Senato.

⁴⁴ Art. 19, c. 6, d. lgs. n. 30 del 13.3.2013.

⁴⁵ L’art. 4-ter, c. 1 cit. sul punto rinvia, infatti, alle finalità declinate dall’art. 19, c. 6, lett. a), b), c), d), d-bis, h) del d. lgs. n. 30/2013 cit., che sono rappresentate rispettivamente: dalla riduzione di emissioni dei gas a effetto serra, dallo sviluppo delle energie rinnovabili, dal contrasto alla deforestazione, dal rafforzamento della tutela degli ecosistemi terrestri e marini “a partire dalle aree e dai siti protetti nazionali, internazionali e dell’Unione europea”, dall’aumento dell’efficienza energetica.

⁴⁶ Cfr. art. 4-ter, d.l. n. 111/2019 cit., c. 2, che circoscrive la destinazione dei proventi/contributi alle attività delle PMI nelle ZEA agli anni 2020, 2021 e 2022. La formulazione originaria della disposizione (prima delle modifiche apportate alla medesima dall’art. 55, c. 3-ter, d.l. 16.7.2020, n. 76, conv. in l. 11.9.2020, n. 120, c.d. Decreto Semplificazioni) era nel senso di individuare i destinatari soggettivi della previsione (PMI) non attraverso il riferimento diretto alla ZEA, come luogo di svolgimento dell’attività economica, bensì “ai comuni aventi almeno il 45 per cento della propria superficie compreso all’interno di una ZEA”, fattore questo astrattamente in grado di frustrare le potenzialità della previsione, attesa la difficoltà di censire (con decreto) i Comuni – verosimilmente pochi – che avessero porzioni di territorio così ampie in parchi nazionali.

Le condizioni per la fruizione delle forme di sostegno contemplate sono rappresentate, per un verso, dal fatto che queste ultime non siano in contrasto con la disciplina europea in materia di aiuti di stato e siano contenute entro il limite delle risorse disponibili, e per altro verso, dalla circostanza che le imprese beneficiarie mantengano la loro attività nella ZEA per almeno sette anni successivi all’investimento oggetto delle agevolazioni fruiti, “pena la revoca dei benefici concessi”, e che siano economicamente vitali⁴⁷. Il criterio condizionale “di chiusura” per il godimento degli incentivi è la coerenza con “le finalità di cui alla legge 6 dicembre 1991, n. 394”.

5.2. In questo senso la creazione di condizioni favorevoli all’intrapresa economica all’interno delle ZEA si pone in linea di continuità con le politiche di incentivazione dello svolgimento delle attività economiche all’interno dei parchi, praticabili in forza della disciplina quadro delle aree protette, sostanzialmente entro il limite della compatibilità delle stesse attività con il complesso di valori sociali cui si ispira l’istituzione dell’area protetta. In tale prospettiva ha trovato campo un quadro articolato di strumenti a vario titolo diretti a funzionalizzare la produzione economica e lo sfruttamento delle utilità – proprietà e imprese, pubbliche o private – ricadenti all’interno delle aree protette, alle finalità indicate all’art. 1, c. 3 della L. n. 394/1991 cit.⁴⁸. Si tratta di scelte che incidono su un complesso di variabili (non solo naturali, sociali, economiche) in grado di condizionare l’equilibrio ecosistemico di un territorio, e dunque di interventi che, per un verso, limitano e razionalizzano una serie di attività, e per altro verso, ne favoriscono e incentivano altre⁴⁹. Accanto a strumenti tra loro complementari,

⁴⁷ L’art. 4-ter, c. 1, d.l. n. 111/2019, cit. si riferisce sul punto a imprese “che non siano in stato di liquidazione o scioglimento”. Lo schema agevolativo riprodotto dalla disposizione sarebbe stato mutuato, nei suoi tratti essenziali, da quello valido per le ZES secondo A.F. URICCHIO, G. CHIRONI, F. SCIALPI, *Sostenibilità e misure fiscali e finanziarie del d.l. Clima*, in *Riv. giur. ambienteditirito.it*, 3/2020.

⁴⁸ Conservazione delle specie animali o vegetali, ... di equilibri ecologici; applicazione di metodi di gestione o di restauro ambientale capaci di realizzare una integrazione uomo-ambiente naturale; promozione di attività di educazione, formazione e ricerca scientifica; difesa e ricostituzione di equilibri idraulici e idrogeologici.

⁴⁹ Sul punto mette conto ricordare come nel quadro giuridico previgente rispetto alla introduzione della disciplina quadro delle aree protette, L. n. 394/1991 cit., rilevasse la non sovrapposibilità tra gli approcci che muovevano rispettivamente la normativa a tutela delle bellezze naturali (per la preminenza assunta dal valore dell’aspetto esteriore del territorio, da preservare attraverso l’autorizzazione di interventi a modifica di tale aspetto dei luoghi) e la disciplina a tutela dei parchi nazionali, indirizzata, invece, a promuovere attraverso una pluralità di strumenti – regimi autorizzatori generali, incentivi, previsioni di divieto – gli elementi vitali del territorio, anche favorendo uno sviluppo economico dell’area protetta caratterizzato da una particolare curvatura.

quali il piano per il parco e il regolamento del parco – questo secondo mirando ad una conformazione dinamica, più che ad un condizionamento statico, delle attività⁵⁰ – che si muovono tradizionalmente nella direzione di garantire la fruizione sostenibile del patrimonio caratterizzante l'area protetta, sono con evidenza da collegare più direttamente allo scopo di promuovere attività economiche “sostenibili” all'interno dei parchi nazionali, le previsioni della legge quadro dedicate, per esempio, alle misure di incentivazione, nella forma di priorità nell'accesso – di enti pubblici (comuni e provincie il cui territorio sia compreso entro i confini di un parco), ma anche di privati, singoli e associati – a finanziamenti europei utili alla realizzazione di interventi complessivamente compatibili con le finalità istitutive dei parchi, tra le quali risaltano quelle di segno marcatamente ambientale⁵¹; o anche al piano pluriennale economico e sociale per la promozione delle attività compatibili⁵², che si affianca al piano del parco e, nel cui ambito trovano campo interventi incentivanti quali “la concessione di sovvenzioni”, l'agevolazione o la promozione di iniziative atte a favorire, “nel rispetto delle esigenze di conservazione del parco, lo sviluppo del turismo e delle attività locali connesse”⁵³. Sul punto mette conto segnalare come il già citato d.l. n. 76/2020 sia intervenuto, oltre che direttamente sulla disciplina istitutiva delle ZEA, anche sulla legge quadro delle aree protette. Le modifiche apportate in tale occasione appaiono essenzialmente tese a snellire gli iter procedurali che condizionano il governo dei parchi, e tra questi i procedimenti funzionali all'approvazione dei piani e dei regolamenti, interessati da previsioni che ne hanno ridotto i termini di conclusione e che contemplan, per l'ipotesi di mancata approvazione entro questi ultimi, l'esercizio del potere sostitutivo da parte del Ministro competente⁵⁴. Ed uno dei profili rispetto ai quali la legge quadro risulta esser

stata integrata, è l'inserimento di una disposizione (art. 13-*bis*)⁵⁵ che favorisce, semplificandola⁵⁶, la realizzazione di interventi edilizi proprio nelle c.d. “zone di promozione economica e sociale” definite, sempre dalla legge quadro, come le “aree facenti parte del medesimo ecosistema, più estesamente modificate dai processi di antropizzazione, nelle quali sono consentite attività compatibili con le finalità istitutive del parco e finalizzate al miglioramento della vita socio-culturale delle collettività locali e al miglior godimento del parco da parte dei visitatori”⁵⁷. L'orizzonte nel quale ci si muove è, dunque, sempre quello di utilizzare la coerenza degli interventi con finalità di ordine naturalistico-ambientale come strumento utile a garantire la curvatura di segno eco-sostenibile dello sviluppo economico.

6. Ad integrare la filiera delle politiche pubbliche dirette a perseguire gli obiettivi del *Green Deal* italiano, accanto al Decreto Clima, sono le previsioni in tema inserite nelle ultime leggi di bilancio. Di queste disposizioni alcune riguardano il governo (dunque condizionano il destino) delle Zone Economiche Ambientali che, come si è cercato di dire, non sono esclusivamente vocate a contrastare gli effetti del cambiamento climatico, ma intercettano target di sviluppo economico eco-sostenibile, nell'ambito dei quali figurano senz'altro obiettivi qualificanti per il *green deal*⁵⁸. In particolare le previsioni di cui ai commi 85

caratterizzate dalla complessità delle questioni ambientali, a valle della “accresciuta proceduralizzazione dell'attività amministrativa in materia ambientale”, si veda M. BUCCARELLA, *Alcune considerazioni sulle principali novità introdotte dal decreto semplificazioni in materia ambientale*, in *Riv. giur. ambienteditto.it*, 1/2021. In argomento v. altresì V. CAVANNA, *Tutela di salute e ambiente: riflessioni a margine dell'emergenza Coronavirus*, in *Riv. giur. ambienteditto.it*, 4/2020. In tema sugli orizzonti semplificatori nel comparto ambientale, soprattutto rispetto alla necessità di preservare gli interessi sensibili, si veda F. LIGUORI, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Riv. giur. ed.*, 1/2020, pp. 3 ss.

⁵⁰ Cfr. art. 55, c. 1, lett. d), D. l. n. 76/2020 cit.

⁵¹ Nello specifico il nuovo art. 13-*bis* della L. n. 394/1991 prevede che in presenza del piano e del regolamento del parco “gli interventi di natura edilizia da realizzare nelle zone di cui all'articolo 12, comma 2, lettera d), eccetto quelle ricomprese nei perimetri dei siti Natura 2000, sono autorizzati direttamente dagli enti locali competenti, salvo che l'intervento non comporti una variante degli strumenti urbanistici vigenti, dandone comunicazione all'Ente parco. In caso di non conformità il direttore del parco annulla il provvedimento autorizzatorio entro quarantacinque giorni dal ricevimento”. Esprime rilievi critici in ordine alla portata dell'ultimo periodo dell'art. 13-*bis*, che vanificherebbe gli obiettivi di semplificazione sottesi alla prima parte della disposizione, M. BUCCARELLA, *op. cit.*

⁵² Cfr. art. 12, c. 2, lett. d), L. n. 394/1991.

⁵³ Il c. 1 dell'art. 4-*ter*, d.l. n. 111/2019 cit. fa infatti riferimento, oltre che al “contrasto ai cambiamenti climatici”, “all'efficientamento energetico, all'economia circolare, alla protezione

⁵⁰ Per il fatto di disciplinare l'esercizio delle attività consentite entro il territorio del parco (art. 11, L. n. 394/1991), laddove il Piano per il Parco (art. 12, L. n. 394/1991) opererebbe in senso prevalentemente statico (definizione delle forme di “uso, godimento e tutela” sulla cui base il territorio è organizzato e articolato in aree; declinazione di “vincoli, destinazioni di uso” del territorio, etc.).

⁵¹ Si veda, infatti, l'art. 7 della legge n. 394/1991 che, nel declinare le finalità degli interventi finanziabili prioritariamente ai sensi della disposizione, tra gli altri annovera: quelli “di risanamento dell'acqua, dell'aria e del suolo”; “di conservazione e di restauro ambientale del territorio”; quelli funzionali alla “utilizzo di fonti energetiche a basso impatto ambientale”.

⁵² Cfr. art. 14, L. n. 394/1991, a mente del quale (c. 1) il piano, “sul quale esprime la propria motivata valutazione il consiglio direttivo, è approvato dalla regione o, d'intesa, dalle regioni interessate”.

⁵³ Cfr. art. 14, c. 3, L. n. 394/1991 cit..

⁵⁴ Cfr. art. 55, c. 1, lett. b) e lett. c) del D. l. n. 76/2020 cit., di modifica degli artt. 11 e 12 della L. n. 394/1991. Con riguardo alla applicabilità della logica semplificatoria anche alle aree

e seguenti dell'art. 1, della L. n. 160/2019⁵⁹, nell'istituire un Fondo nello stato di previsione del MEF, con una dotazione complessiva da ripartire per gli anni dal 2020 al 2023 compreso, e nell'individuare quali destinatari di una quota parte dello stesso fondo (almeno 150 milioni di euro su ciascuno stanziamento annuale)⁶⁰ proprio gli interventi di cui all'art. 19, c. 6, d. lgs. n. 30/2013 cit., funzionali alla riduzione delle emissioni climalteranti (non ultimo per la ragione che una parte dello stesso fondo è alimentata dai proventi delle aste delle quote di emissione)⁶¹, operano evidentemente in sinergia con il disposto su esaminato dell'art. 4-ter, in particolare al comma 2, del Decreto Clima. Il c. 85 dell'art. 1, L. n. 160/2019 cit., infatti, puntualizza che, in misura minima, una quota del fondo di cui si discute – ossia 20 dei 150 milioni di euro all'anno – venga indirizzata a finanziare le iniziative da intraprendere nelle ZEA. I “progetti economicamente sostenibili” e più in generale i “programmi di investimento e i progetti a carattere innovativo e ad elevata sostenibilità ambientale e che tengano conto degli impatti sociali”, definiti sempre nella legge di stabilità per il 2020⁶², che si

della biodiversità e alla coesione sociale e territoriale”. L'introduzione delle ZEA viene presentata dall'allora Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio (si veda il Comunicato del 22.11.2019, *Decreto Clima, un primo importante passo per contrastare i cambiamenti climatici*, in <https://www.minambiente.it/comunicati/decreto-clima-un-primo-importante-passo-contrastare-i-cambiamenti-climatici> come parte integrante di una strategia, messa in campo con il Decreto Clima, dichiaratamente indirizzata a contrastare i cambiamenti climatici.

⁵⁹ L. 27.12.2019, n. 160 recante Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022. Le disposizioni di cui ai commi 85-100 dell'art. 1 della L. n. 160/2019 sono non a caso indicate come quelle contenenti il *Green new deal*. In questo senso si veda il Dossier del 17.12.2019 del Servizio Studi Camera dei Deputati, sul d.d.l. A.C. 2305, nonché il Dossier della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, Suppl. al n. 3755 di Regioni.it, 14.1.2020, in <http://www.regioni.it/newsletter/n-3755/del-14-01-2020/legge-di-bilancio-2020-un-dossier-per-le-regioni-e-le-province-autonome-20659/>. Per un'analisi della portata di tali disposizioni in parola si veda A. SOLA, *Sostenibilità ambientale e Green New Deal: prime analisi in commento alla legge di bilancio 2020*, cit..

⁶⁰ Stanziamento pari a 470 milioni per il 2020, 930 milioni per il 2021, 1.420 milioni per il 2022 e per il 2023.

⁶¹ Sul sistema di scambio di quote di emissioni C. KETTNER - D. KLETZAN-SLAMANI - A. KOPPL, *The EU Emission Trading Scheme: Is There a Need for Price Stabilization?*, in L. KREISER - L. SOOCHEOL - K. UETA - J.E. MINE - H. ASHABOR (a cura di), *Environmental Taxation and Green Fiscal Reform*, Edward Elgar, 2014, pp. 113 ss. Sul ruolo strategico della fiscalità dell'energia nella prospettiva di raggiungere la neutralità climatica auspicata dal *Green Deal*, e più in generale sul ruolo giocato dalla fiscalità nelle politiche di gestione dei rischi, si veda ancora S. MORATTI, *Green deal europeo*, cit.

⁶² Si veda il c. 86 dell'art. 1, L. n. 160/2019 cit., che individua tra gli obiettivi di tali interventi “la decarbonizzazione dell'economia, l'economia circolare, il supporto all'imprenditoria giovanile e femminile, la riduzione dell'uso della plastica e la sostituzione della plastica con materiali alternativi, la rigenerazione urbana, il turismo sostenibile, l'adattamento e la mitigazione dei rischi sul territorio derivanti dal cambiamento climatico”.

traducono in “specifiche iniziative da avviare nelle Zone Economiche Ambientali”, sono definiti in sede di decretazione attuativa⁶³.

Tra queste previsioni e quelle recate dalla successiva legge di stabilità per il 2021 che influenzano l'attività condotta all'interno delle ZEA, si inseriscono gli interventi messi in campo per contenere le conseguenze dell'emergenza pandemica, non ancora superata nel momento in cui si scrive. Il c.d. Decreto Rilancio (d.l. n. 34/2020) infatti, nell'ambito dei pregiudizi economici direttamente ascrivibili alla pandemia da Covid-19 e da ristorare conseguentemente, almeno in parte, contempla anche quelli arrecati alle imprese operanti nelle ZEA. Queste ultime definiscono dunque l'ambito soggettivo di applicazione della norma, ulteriormente declinato: micro, piccole e medie imprese che svolgono attività eco-compatibili, tra le quali in particolare attività di “guida escursionistica ambientale” e di “guida del parco”. La misura prevista dall'art. 226 del DL. n. 34/2020 consiste nello specifico nella possibilità dei destinatari di accedere ad un contributo straordinario, a valere su un fondo appositamente costituito pari a 40 milioni di euro, in dipendenza da una comprovata riduzione di fatturato registrata nel 2020 rispetto al periodo corrispondente del 2019⁶⁴. E' peraltro di intuitiva evidenza la penalizzazione a danno delle imprese turistiche e dei professionisti operanti nel settore turistico e in aree protette – già ordinariamente gravati da oneri burocratici comparativamente più consistenti rispetto a quelli che interessano categorie omologhe operanti al di fuori delle aree protette – prodottasi per effetto della emergenza sanitaria e della conseguente limitazione delle attività/spostamenti di carattere turistico. Il decreto del Ministero dell'Ambiente che avrebbe dovuto disciplinare le modalità di corresponsione del contributo è intervenuto il 27 novembre 2020⁶⁵, e ha

⁶³ Ai sensi dell'art. 1, c. 88, L. n. 160/2019 cit., con Decreto del ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro dello sviluppo economico. Come noto le competenze del Ministero dell'Ambiente sono, a partire dallo scorso 13 febbraio 2021, confluite nel neo istituito Ministero della transizione ecologica, unitamente ad alcune competenze in materia energetica, in precedenza in capo al Ministero dello sviluppo economico.

⁶⁴ Cfr. art. 227, d.l. 19.5.2020, n. 34, conv. in L. 17.7.2020, n. 77: la somma stanziata è ripartita tra i beneficiari in proporzione alla differenza tra il fatturato registrato nel periodo tra gennaio e giugno 2019 e quello registrato nel medesimo periodo del 2020. La disposizione, in particolare al c. 3, risulta essere stata modificata dal D. Semplificazioni (art. 55, c. 3-bis, lett. b)) in maniera analoga a quanto già evidenziato con riguardo all'art. 4-ter del DL. n. 111/2019, ossia in modo da prevedere che i beneficiari del contributo dovessero avere la sede operativa all'interno di una ZEA e non più, come in precedenza, “nei comuni aventi almeno il 45 per cento della propria superficie compreso all'interno di una ZEA”.

⁶⁵ Cfr. l'art. 227 del d.l. n. 34/2020 cit., e il D. del Ministero della tutela del territorio a Sostegno delle Zone Economiche Ambientali del 27.11.2020. In argomento A.F. URICCHIO, G. CHIRONI, F. SCIALPI, *Sostenibilità e misure fiscali e finanziarie del d.l. Clima*, cit.

definito tra gli altri profili: i requisiti di ammissibilità dei soggetti beneficiari; le tipologie di certificazioni utili a inferire la natura eco-compatibile dell'attività svolta dalle imprese aspiranti al finanziamento; i parametri in base ai quali determinare gli importi di fatturato utili a quantificare la misura delle spettanze⁶⁶; i soggetti attuatori di tale misure, rispettivamente individuati nella SOGEI per le attività di acquisizione e gestione delle istanze e la CONSAP per la gestione dell'erogazione dei contributi; la necessità di fissare, a valle del decreto attuativo, con un bando⁶⁷, termini e modalità di presentazione delle istanze di accesso ai contributi.

Il carattere articolato delle disposizioni rivolte a tutelare l'ambiente, e con questo a creare occasioni attrattive di investimenti orientati a particolari target (come il contrasto ai cambiamenti climatici) e dunque allo sviluppo economico, torna tra gli altri nella ultima legge di stabilità.

La prima delle disposizioni della L. n. 178/2020⁶⁸ che, oltre a muoversi nella direzione indicata, lambisce il perimetro delle ZEA, è dettata dal comma 759 dell'art. 1, che ha istituito presso il Ministero per la transizione ecologica un Fondo (con dotazione pari a 4 milioni di euro) destinato alla realizzazione di progetti pilota di educazione ambientale rivolti agli studenti, e ha utilizzato come criterio per individuare gli istituti scolastici coinvolti dalla previsione quello della (loro) ubicazione nei Comuni ricadenti nelle ZEA, oltre che nelle riserve MAB-Unesco e nei siti naturalistici dichiarati dall'Unesco patrimonio dell'Umanità. Le disposizioni più direttamente incidenti sull'attività imprenditoriale condotta all'interno delle ZEA sono quelle dettate dai commi 760 ss. dell'art. 1, della legge di bilancio. In particolare, nella prospettiva di promuovere condotte ambientalmente responsabili, per esempio in relazione alla gestione dei rifiuti⁶⁹, viene in rilievo l'incentivazione (cc. 760-766) del sistema noto come "vuoto a rendere"⁷⁰ – in base al quale l'utente al momento dell'acquisto dell'imballaggio

pieno versa una cauzione con diritto di ripetizione della stessa al momento della restituzione dell'imballaggio usato. Le misure contemplate nella legge di bilancio sul punto prevedono, per gli operatori economici⁷¹ che abbiano la sede all'interno della ZEA e che facciano ricorso a tale sistema per la vendita degli imballaggi contenenti liquidi a fini alimentari, l'erogazione di un contributo a fondo perduto, e per gli acquirenti (c. 762) il riconoscimento di un abbuono all'atto della resa dell'imballaggio, pari al 25 per cento del prezzo dell'imballaggio, e per quanti abbiano concesso l'abbuono il riconoscimento di un credito d'imposta di importo pari al doppio dell'importo. In sinergia con tale prospettiva si muove anche l'introduzione di un sistema di misurazione puntuale dei rifiuti conferiti (nell'ambito del ciclo integrato dei rifiuti dalle utenze domestiche che si trovano) nelle ZEA. Il sistema si fonda anzitutto sulla istituzione in via sperimentale di un "Fondo per la promozione della tariffazione puntuale"⁷² nello stato di previsione del Ministero (ora) per la transizione ecologica, per l'erogazione dei contributi utili a coprire i costi sostenuti (fino al 50 per cento) al fine di acquistare le infrastrutture necessarie per i sistemi di misurazione puntuale. I destinatari della misura sono gli enti di governo degli ambiti, composti quindi dai comuni ubicati per intero o in parte nelle ZEA, o, laddove gli Enti di governo d'ambito non siano costituiti, dai comuni stessi che adottino sistemi di misurazione puntuale dei rifiuti conferiti al servizio pubblico⁷³. Come segnalato anche nella Relazione illustrativa al disegno di legge, la previsione va intesa come funzionale a promuovere l'attuazione del principio "chi inquina paga" stabilito dalla Direttiva europea 2008/98, essendo evidentemente i sistemi di misurazione puntuale idonei a consentire l'effettiva ripartizione dei costi in funzione del servizio usufruito dalle singole utenze, nonché a commisurare la tariffa rifiuti all'effettivo servizio reso agli utenti⁷⁴. A chiudere la serie di disposizioni dedicate alle imprese operative nelle ZEA sono i commi 770 e 771 dell'art. 1 cit. che, istituendo un Fondo apposito, intendono promuovere la diffusione di

⁶⁶ L'indicazione del D.M. del 27.11.2020 nonché del successivo bando è quella di ripartire i 40 milioni di euro per il 2020, sino ad esaurimento delle risorse, tra tutti i richiedenti, "in proporzione alla differenza tra i fatturati registrati" nei due anni consecutivi presi in considerazione.

⁶⁷ Pubblicato lo scorso 30.1.2021, e avente come termine finale per la presentazione delle domande il 15.3.2021, successivamente prorogato al 14.4.2021, poi al 14.5.2021. Cfr. Comunicato disponibile su <https://www.minambiente.it/bandi/bando-il-contributo-straordinario-nelle-zea>.

⁶⁸ L. 30.12.2020, n. 178 recante Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023.

⁶⁹ In tema si veda F. DE LEONARDIS, *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, pp. 308 ss.; V. CAVANNA, *Economia verde, efficienza delle risorse ed economia circolare: il Rapporto "Signals 2014" dell'Agenza europea dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2014, pp. 821 ss..

⁷⁰ Si cui si veda Decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare del 3.7.2017 n. 142 recante Regolamento relativo alla sperimentazione di un sistema di restituzione

di specifiche tipologie di imballaggi destinati all'uso alimentare ai sensi dell'art. 219-bis del d. lgs. 3.4.2006, n. 152.

⁷¹ L'art. 1, c. 761 della L. n. 178/2020 cit. si riferisce agli "utilizzatori" di cui all'art. 218, c. 1, lett. s) del d. lgs. n. 152/2006, ossia commercianti, distributori, addetti al riempimento, utenti di imballaggi e importatori di imballaggi pieni.

⁷² Ai sensi dell'art. 1, c. 767 della L. n. 178/2020 la dotazione del fondo istituito è pari a 5 milioni di euro per ciascuno degli anni 2021 e 2022.

⁷³ La fonte che ha dettato i criteri per la realizzazione del sistema di misurazione puntuale dei rifiuti è il Decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare del 20.4.2017.

⁷⁴ Sul punto si veda ancora la Scheda di Lettura della legge di Bilancio 2021, A.S. 2054 del Servizio Studi del Senato, cit.

compostiere di comunità nelle ZEA⁷⁵, con l'obiettivo di promuovere la diffusione del compostaggio proprio considerando l'orizzonte in cui si muovono le comunità operanti nelle ZEA, orientate in maniera peculiare, per le ragioni di cui si è detto, alla tutela della biodiversità e dei valori ecosistemici del territorio. Le risorse del medesimo fondo sono assegnate mediante bandi pubblici ai comuni il cui territorio sia ricompreso in tutto o in parte all'interno di una ZEA, al fine di consentire a questi ultimi l'acquisto di compostiere di comunità da realizzare secondo modalità fissate da un D.M. del 2016⁷⁶.

7. Il perimetro entro il quale si muovono le ZEA viene dunque definendosi intorno all'idea di utilizzare l'investimento in zone particolarmente esposte da un punto di vista ambientale – per ragioni varie, che vanno dalla peculiare condizione in cui versano le “aree protette” in considerazione dei valori oggetto di tutela che ne giustificano lo specifico regime, alla presenza nei territori considerati di rischi ambientali, in particolare di quelli derivanti dal cambiamento climatico⁷⁷ – e quindi intorno all'idea di sostenere investimenti funzionali a gestire il relativo rischio ambientale come volano per uno sviluppo del sistema economico curvato nel segno della eco-sostenibilità.

Si tratta di un orizzonte finalistico “neutro” rispetto agli strumenti che in esso trovano campo e quindi alle soluzioni in concreto praticabili per il perseguimento degli obiettivi di cui si è detto.

Secondo un primo profilo, le previsioni richiamate in questa sede restituiscono un quadro in cui è l'erogazione di contributi e la disponibilità di Fondi che rendono possibile la stessa erogazione a sostanziare la principale misura di incentivo ad una economia ecosostenibile nelle ZEA. Questo elemento dà altresì conto del diffuso rinvio alla decretazione attuativa come sede cui è demandata la puntualizzazione delle modalità, dei presupposti specifici, dei criteri di attribuzione degli stessi vantaggi economici, e quindi anche del potenziale ostacolo in

cui la prima – con i tempi e l'alea di definizione che la caratterizzano – sovente si traduce, frapponendosi tra il livello politico della individuazione dell'obiettivo (desiderabile nel quadro del *Green Deal*) e della relativa previsione normativa e il livello della sua concreta applicazione.

Secondo un ulteriore angolo visuale, rispetto alla necessaria disponibilità di risorse economiche in grado di alimentare gli interventi di sviluppo economico auspicati nelle aree protette qualificabili come ZEA, sono prospettabili scenari di segno non univoco, pur nella coerenza con uno schema di incentivi che resta dentro il perimetro della compatibilità con la disciplina in materia di aiuti di stato e nel limite delle risorse disponibili a legislazione vigente. In particolare rileva l'alternativa tra l'utilizzabilità di fondi già esistenti (si vedano a titolo esemplificativo quelli di sviluppo regionale⁷⁸) e l'incremento dei fondi esistenti o l'istituzione di nuovi fondi. La scelta tra le opzioni disponibili appare non neutra ponendo, per esempio in corrispondenza della prima ipotesi, una questione di sinergie e di convergenza tra i nuovi obiettivi e quelli sottesi all'impiego per il passato degli stessi fondi (tipicamente nel segno della coesione) e specularmente il tema della eventuale frustrazione dei primi.

⁷⁵ Si tratta del Fondo “Contributi per la promozione di compostiere di comunità nelle ZEA”. Il c. 771 dispone che il contributo riconosciuto ai sensi di questa previsione sia cumulabile con altri contributi o finanziamenti pubblici, per la medesima finalità “fino alla concorrenza massima del 100 per cento delle spese sostenute”.

⁷⁶ Cfr. il Decreto del Ministro dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare del 29.12.2016 n. 266 che reca i criteri operativi e le procedure autorizzative semplificate per il compostaggio di comunità di rifiuti organici ai sensi dell'art. 180 Cod. Ambiente, in base alle previsioni dell'art. 38 della L. n. 221 del 28.12.2015.

⁷⁷ Sulle politiche di gestione dei rischi climatici, e in particolare sul ruolo della tassazione dell'energia, riguardato come “lo strumento più efficace a disposizione delle politiche pubbliche” in parola si veda S. MORATTI, *op. cit.*

⁷⁸ Cfr. *supra* nota 38.

Cosa resta della discrezionalità legislativa? A proposito di due recenti pronunce della Corte costituzionale in tema di maternità surrogata*

di PAOLO ZICCHITTU

SOMMARIO: 1. – Impostazione del problema. 2. – Le peculiarità delle fattispecie e le questioni di legittimità costituzionale. 3. – Il giudizio della Corte: il “preminente interesse del minore” come limite alla discrezionalità legislativa. 4. – La discrezionalità del legislatore tra scelte di politica giudiziaria e “*best interest of the child*”. 5. – Alcune brevi notazioni di sistema.

1. Le recenti sentenze numero 32 e 33 del 2021 della Corte costituzionale in tema di procreazione medicalmente assistita non solo evidenziano con estrema chiarezza una situazione di forte disagio rispetto all’attuazione dei principi che attualmente tutelano il “preminente interesse del minore”, ma denunciano anche apertamente l’ingiustificata disparità di trattamento cui, per effetto della legislazione vigente nel nostro ordinamento, sarebbero soggetti i figli minori, nati da coppie omoaffettive, con l’ausilio di tecniche di surrogazione della maternità¹.

In estrema sintesi, le ragioni di tale discriminazione sarebbero da ascrivere a una pluralità di fattori di diversa origine, tutti accumulati, però, da una sostanziale inerzia del legislatore, il quale, ispirandosi a un unico modello, avrebbe programmaticamente omissivo di disciplinare altre fattispecie, comunque meritevoli

di tutela. Si sarebbe così determinato un consistente *vulnus*, difficilmente giustificabile, specie dopo la riforma della filiazione, fortemente ispirata all’attuazione del principio di “unicità dello status di figlio”².

Ma al di là del merito politico della controversia, che coinvolge una materia eticamente assai sensibile, attorno a cui si sviluppano precomprensioni ideologiche e si dipartono considerazioni anche di ordine metagiuridico, entrambe le decisioni risultano significativamente istruttive per tornare a riflettere sulle peculiari tecniche decisorie, attraverso cui il giudice delle leggi si è incaricato di incidere sulle scelte discrezionali del legislatore. Più in generale, la disamina delle pronunce in commento si dimostra assai utile per ricapitolare lo stato dei rapporti, che intercorrono tra il Parlamento e la Corte costituzionale, soprattutto quando si tratta di garantire i diritti del singolo. Le due sentenze, infatti, forniscono utili elementi per ricostruire la nozione e il contenuto tipico, che la clausola della discrezionalità legislativa assume oggi nel nostro sistema giuridico, a partire dalle caratteristiche del caso concreto e dall’impiego che la stessa Corte ne fa nelle singole situazioni.

2. Con riferimento alla prima vicenda in esame, la domanda di causa scaturisce dalla richiesta formulata dalla madre “intenzionale” di due gemelle, nate a seguito di procreazione medicalmente assistita, al fine di ottenere giudizialmente la propria iscrizione come genitore nei registri dello stato civile italiano³. A tal proposito, il Tribunale rimettente osserva che, nonostante la partecipazione al progetto condiviso di maternità, la convivenza protratta per oltre cinque anni con la propria compagna, che si era volontariamente sottoposta a fecondazione

*Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Per un inquadramento generale della tematica, si vedano E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; P. RONEANI, *L’interesse del minore nella cultura giuridica e nella pratica*, in *Studi Urbinati*, 1998, n. 1, pp. 675 ss.; C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2016, n. 1, pp. 173 ss.; G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Politica del diritto*, 1998, n. 1, pp. 167 ss.; R. RIVELLO, *L’interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in *Minori e giustizia*, 2011, n. 3, pp. 15 ss.

² In questa stessa prospettiva, si confrontino G. CASUSCELLI, *Adozione in casi particolari, coppie omogenitoriali, “preminente interesse del minore”: l’interpretazione del giudice della legittimità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2016, n. 23, pp. 1 ss.; F. AZZARRI, *L’adozione del figlio del convivente tra il preminente interesse del minore e il divieto di discriminazione*, in *Giustizia civile*, 2016, n. 9, pp. 2 ss.; B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell’adozione e della filiazione “sorrette” da un’ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, disponibile all’indirizzo www.rivistaaic.it, 2017, n. 1, pp. 1 ss.; N. DI LORENZO, *Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all’interno delle relazioni famigliari*, in A. RUGGERI – D.G. RINOLDI – V. PETRALIA (a cura di), *Vecchie e nuove famiglie nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, Napoli, 2016, pp. 261 ss. nonché F. COLOMBI, *Le problematiche concernenti la garanzia del preminente interesse del minore in un caso di bilanciamento tra diritti diversi del minore stesso (e non già di bilanciamento tra i suoi diritti e quelli di altri soggetti)*, in *Osservatorio AIC*, disponibile all’indirizzo www.osservatorioaic.it, 2016, n. 3, pp. 3 ss.

³ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, par. 1.1 del ritenuto in fatto.

eterologa per dare un figlio alla coppia, e una relazione stabile, intrattenuta con le bambine, almeno fino al 2017, le due gemelle debbono ritenersi figlie della sola madre biologica, giacché, in base alla legislazione attualmente in vigore nel nostro ordinamento, non sono consentiti né il riconoscimento né l'adozione da parte del genitore “di intenzione”⁴.

Più specificamente, il giudice *a quo* ritiene che le previsioni di cui agli articoli 8 e 9 della legge n. 40 del 2004, lette in combinato disposto con l'articolo 250 del Codice civile, contrastino con gli articoli 2, 3, 30 e 117, primo comma, della Costituzione, oltre che con una serie di parametri sovranazionali, tra cui spiccano sicuramente la CEDU e la “Convenzione dei diritti del fanciullo”. La lettura sistematica delle disposizioni indubbiamente, infatti, lederebbe il “*best interest of the child*”, dal momento che non consente di attribuire ai nati nell'ambito di un progetto di PMA eterologa praticata da coppie omosessuali lo *status* di figli riconosciuti anche del genitore “intenzionale”, che ha prestato il proprio consenso alla pratica generativa, inficiando così il diritto fondamentale del bambino a conoscere la propria identità, innanzitutto, nelle ipotesi in cui non sia materialmente possibile ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari⁵.

L'attuale disciplina legislativa creerebbe cioè una lacuna tale da impedire al minore di azionare le proprie prerogative nei confronti di coloro i quali si sono assunti l'onere di procreare nell'ambito di una formazione sociale, che – per quanto non direttamente riconducibile alla famiglia – resta comunque meritevole di tutela, e lo priverebbe parimenti del diritto ad avere due persone, che si assumano la responsabilità giuridica di provvedere al suo mantenimento, alla sua educazione e alla sua istruzione⁶.

Le norme censurate, insomma, finirebbero per determinare un'ingiustificata disparità di trattamento in capo ai minori, che si trovano nelle condizioni descritte nell'ordinanza di rimessione, non solo rispetto ai nati da tecniche di procreazione medicalmente assistita, effettuata da coppie eterosessuali, ma

addirittura nei confronti degli stessi nati da PMA eterologa, praticata da soggetti omosessuali, qualora la madre biologica presti il suo assenso per ricorrere all'adozione in casi particolari. Tali minori, infatti, non potendo essere riconosciuti anche dall'altra persona, che ha comunque contribuito al progetto generativo, sarebbero perennemente condannati allo stato di “*figli con un solo genitore*”, e verserebbero, dunque, in una situazione sicuramente peggiore rispetto a quella di tutti gli altri nati, motivata unicamente dall'orientamento sessuale dei soggetti che hanno partecipato in concreto alla procreazione⁷.

Si produrrebbe in questo modo anche un contrasto diretto con il principio di “unicità dello *status* giuridico dei figli”, che ha invece coerentemente connotato gli interventi legislativi più recenti in materia di filiazione⁸. Di conseguenza, ne risulterebbe violato pure l'impegno assunto dallo Stato italiano in sede di ratifica della “Convenzione sui diritti del fanciullo” ad adottare tutti i provvedimenti necessari, affinché il “preminente interesse del minore” sia salvaguardato in termini effettivi contro ogni forma di discriminazione legata alla condizione sociale, alle attività o alle convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali e dei suoi familiari⁹.

⁷ In dottrina, si leggano esemplarmente, I. RIVERA, *La complessa questione della maternità surrogata tra rispetto dell'ordine pubblico e protezione del best interest of the child: un percorso ermeneutico non sempre coerente*, in *Sociologia del diritto*, 2020, n. 1, pp. 201 ss.; B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2016, n. 2, pp. 111 ss.; A. SPERTI, *La tutela del superiore interesse del minore alla luce dei principi costituzionali e del diritto costituzionale comparato nell'adozione del secondo genitore*, in *Genius*, 2015, n. 1, pp. 236 ss.; F. VITRANO, *Coppie omosessuali e genitorialità: Quali gli interessi preminenti delle persone di minore età?*, in *Minorigiustizia*, 2017, n. 1, pp. 130 ss.; S. CELENTANO, *La genitorialità nell'omologame: il dialogo possibile tra l'interesse del minore e il diritto alla vita familiare*, in *Questione giustizia*, 2013, n. 6, pp. 203 ss.

⁸ Così, Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, par. 1.2 del ritenuto in fatto. A questo proposito, si vedano, in particolar modo, la legge 10 dicembre 2012, n. 219, in materia di riconoscimento dei figli naturali e il decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154. Per un commento, si rimanda, tra gli altri, a quanto sostenuto da G. MUNARI, *Principio di uguaglianza e filiazione*, in P. IVALDI – L. SCHIANO DI PEPE (a cura di), *I diritti umani settant'anni dopo: l'attualità della Dichiarazione universale tra questioni irrisolte e nuove minacce*, Genova, 2019, pp. 159 ss.; A. BUSACCA, *Semplicemente figli. Brevi note sulla rilevanza giuridica della filiazione naturale: dalle discriminazioni all'unicità dello status filiationis*, in *Humanities*, 2013, n. 2, pp. 1 ss.; A. LOLLO, *Il dovere dei genitori di mantenere, istruire e educare i figli*, in *Diritto costituzionale*, 2019, n. 2, pp. 139 ss.

⁹ Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176. In particolare, il giudice *a quo* eccipe il contrasto con gli articoli 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9, volti a considerare l'interesse prevalente del minore in tutte le decisioni relative ai bambini. Cfr. anche E. LAMARQUE, *Il principio dei best interests of the child nella prospettiva del diritto costituzionale*, in *Minorigiustizia*, 2017, n. 2, pp. 19 ss.; A. RUGGERI, *Noterelle in tema di affidamento di minori a coppie di omosessuali*, in *Nuove autonomie*, 2014, n. 1, pp. 5 ss.; G.M. FLICK, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo www.rivistaaic.it, 2017, n. 1, pp. 1 ss.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Per un approfondimento sul tema dell'adozione in casi particolari, con riguardo principalmente alle coppie composte da persone dello stesso sesso, si rinvia *ex multis* a I. MASSA PINTO, *Unione omosessuale e adozione: chi decide?*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo www.rivistaaic.it, 2016, n. 4, pp. 1 ss.; G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari: Orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in C. MURGO (a cura di), *Il diritto del minore ad una famiglia*, Pisa, 2013, pp. 27 ss.; M. CORSARO, *L'adozione “mirata” e l'adozione in casi particolari*, in *Studi Urbinati*, 2004, n. 2, pp. 215 ss.; F. FAMA, *L'adozione in casi particolari del figlio della convivente: la dignità giuridica del legame affettivo a tutela del minore*, in *Minorigiustizia*, 2013, n. 2, pp. 360 ss.; C. RUSCONI, *L'adozione in casi particolari: aspetti problematici nel diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Jus*, 2015, n. 3, pp. 1 ss.

⁶ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, par. 1.2 del ritenuto in fatto.

Analogamente, nel secondo caso sottoposto alla cognizione del giudice costituzionale, la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione dubita, con riferimento ai medesimi parametri di giudizio, della legittimità dell'articolo 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 e dell'articolo 18 del c.d. "Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile", nella parte in cui – secondo quanto stabilito dal "diritto vivente" – non consentono il riconoscimento e l'esecuzione del provvedimento giudiziario straniero, che ordina l'inserimento del genitore "di intenzione" nello stato civile del minore procreato tramite tecniche di fecondazione medicalmente assistita¹⁰.

In particolare, la fattispecie da cui origina la *quaestio legitimitatis* riguarda qui un bambino nato nel 2015 in Canada da una donna, in cui era stato impiantato un embrione, formato con i gameti di una donatrice anonima e di un uomo di cittadinanza italiana, unito in matrimonio in Canada con un altro uomo, anch'egli italiano, con il quale aveva condiviso il proprio progetto genitoriale.

Al momento della nascita del bambino, le autorità canadesi avevano indicato come genitore solo uno dei due uomini, senza dunque menzionare né il compagno, né la madre surrogata, né la donatrice dell'ovocita. Nel 2017, però, accogliendo il ricorso promosso dalla coppia, la Corte Suprema della British Columbia aveva considerato genitori entrambi i ricorrenti e aveva ordinato la rettifica del relativo atto di nascita. Sulla base di tale provvedimento, i due uomini avevano quindi chiesto all'ufficiale di stato civile di correggere anche l'atto di nascita del bambino in Italia.

Investita della controversia, la Cassazione richiama in via preliminare il principio di diritto, espresso dalle Sezioni Unite, secondo cui "*nel nostro ordinamento, non può essere riconosciuto un provvedimento straniero, che ammetta il rapporto di genitorialità tra un bambino nato in seguito a maternità surrogata e il genitore intenzionale*". Tale riconoscimento troverebbe un ostacolo insuperabile nella legislazione nazionale e, segnatamente, nell'articolo 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, ove si pone il divieto di surroga della maternità quale immediata espressione di un "*principio di ordine pubblico, posto a tutela di valori fondamentali come la dignità della gestante e la tutela degli istituti dell'adozione*"¹¹. Ciò

nonostante, il giudice rimettente dubita della legittimità costituzionale di tale interpretazione, in quanto "diritto vivente" formatosi a seguito della pronuncia delle Sezioni Unite non rispetterebbe gli standard minimi di protezione definiti a livello sovranazionale allo scopo di garantire efficacemente il "superiore interesse del minore"¹².

A sostegno del proprio dubbio di costituzionalità, la Prima Sezione Civile richiama anzitutto il parere consultivo della Grande Camera della Corte EDU del 10 aprile 2019, a mente del quale il diritto al rispetto della vita privata e familiare del fanciullo impone che l'ordinamento interno assicuri comunque la possibilità di riconoscere il legame di filiazione con il genitore "intenzionale", non necessariamente attraverso la trascrizione dell'atto di nascita nei registri dello stato civile, ma anche tramite il ricorso all'adozione da parte dello stesso genitore "di intenzione", a condizione, però, che le modalità previste dal sistema interno garantiscano l'effettività e la celerità della relativa procedura¹³.

Se letto in questa logica, pertanto, il "diritto vivente" censurato dal giudice *a quo* vulnererebbe i principi stabiliti in sede convenzionale, dal momento che la

provvedimenti stranieri dichiarativi dello status del figlio d'intenzione, in *Genius*, 2019, n. 2, pp. 48 ss.; D. DURISOTTO, *Il contrasto tra i genitori sull'educazione religiosa della prole e il ruolo del minore. Le soluzioni offerte dalla recente giurisprudenza*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2019, n. 3, pp. 905 ss.; R. MONTINARO, *Identità culturale e diritti della persona nelle relazioni familiari: la clausola generale dell'ordine pubblico internazionale ed il ruolo del giudice. Identità culturale e diritti della persona nelle relazioni familiari: la clausola generale dell'ordine pubblico internazionale ed il ruolo del giudice*, in *Jus*, 2020, n. 1, pp. 5 ss.

¹² Così Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, par. 1.3 del ritenuto in fatto. Più specificamente, sarebbero violati, nell'ordine, il diritto del minore al rispetto della propria vita privata e familiare, ex art. 8 CEDU, il suo diritto a non subire discriminazioni, a veder considerato il proprio interesse, ad essere immediatamente registrato alla nascita e ad avere un nome, a conoscere i propri genitori, a essere da loro allevato e a non esserne separato, di cui agli artt. 2, 3, 7, 8 e 9 della "Convenzione sui diritti del fanciullo", nonché i diritti riconosciuti dall'art. 24 CDFUE.

¹³ Cfr. *passim* Corte europea dei diritti dell'uomo, Parere consultivo del 10 aprile 2019 in materia di maternità surrogata, in applicazione del Protocollo 16 CEDU. Per un primo commento, L. POLI, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, n. 2, pp. 418 ss.; A. RUGGERI, *Forme e limiti del primato del diritto euromunitario dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale: Profili teorico-ricostruttivi e implicazioni istituzionali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2019, n. 3, pp. 281 ss.; E. CRIVELLI, *Il primo parere in attuazione del Protocollo n. 16 Cedu: alcuni chiarimenti in tema di maternità surrogata*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 3, pp. 709; E. SAVARESE, *What is done, is done: Come non espugnare la filiazione internazionaleprivatistica, ma armonizzarla con i diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, n. 2, pp. 265 ss.; L. RICCARDI, *Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità "intenzionale": il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Freedom, Security and Justice*, 2019, n. 2, pp. 160 ss.

¹⁰ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, par. 1 del ritenuto in fatto.

¹¹ Così, Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193. In dottrina, *ex plurimis*, M. VENUTI, *Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in *Genius*, 2019, n. 2, pp. 1 ss.; M. POLI, *La maternità nei casi di Pma eterologa e surrogazione di maternità, tra volontà riproduttiva e identità della persona minore*, in *Minorigiustizia*, 2020, n. 3, pp. 194 ss.; S. IZZO, *From status to contract: la trascrizione dei*

possibilità di ricorrere all'adozione in casi particolari da parte del genitore "d'intenzione" non creerebbe "un vero e proprio rapporto di filiazione", porrebbe il genitore "non biologico" in una "situazione di inferiorità" e, infine, non sarebbe neppure in grado di assicurare quella "tempestività del riconoscimento", che è invece espressamente richiesta dalla Corte di Strasburgo nell'interesse del minore. Oltretutto, l'avvio della procedura di adozione resterebbe rimessa all'esclusiva volontà del genitore "intenzionale" e sarebbe perfino subordinata all'assenso da parte del genitore biologico, che potrebbe pure non prestarlo, soprattutto nei casi di crisi della coppia¹⁴.

Per queste ragioni, ad avviso del giudice rimettente, l'applicazione dei criteri enucleati in via interpretativa dalla medesima Cassazione inficerebbe "il diritto del minore all'inserimento e alla stabile permanenza nel proprio nucleo familiare" unitamente al suo "diritto all'identità", finendo per discriminare rispetto a ogni altro bambino il figlio nato da tecniche di surrogazione della maternità praticata da coppie dello stesso sesso, in ragione di circostanze da lui totalmente indipendenti e per le quali non porterebbe alcuna responsabilità¹⁵.

Muovendo da tali presupposti, entrambe le ordinanze di rimessione richiedono, pertanto, seppur con accenti diversi, una manipolazione del dettato normativo, volta ad estendere le tutele apprestate dall'ordinamento in materia di protezione dei minori e riconoscimento dello stato civile anche ai bambini nati a seguito di maternità surrogata, cui abbiano fatto ricorso coppie omosessuali¹⁶.

¹⁴ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, par. 1.3 del ritenuto in fatto.

¹⁵ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, par. 1.3 del ritenuto in fatto. In dottrina, si rimanda per tutti a G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, n. 3, pp. 1 ss.; S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, n. 1, pp. 202 ss.; M.M. SALVADORI – A. BARBARA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii*, in *Teoria e pratica del diritto*, 2017, n. 1, pp. 21 ss.

¹⁶ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, par. 1.2 del ritenuto in fatto: "il Tribunale conclude dichiarando non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate nei confronti delle norme di cui agli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 e 250 cod. civ. là dove, sistematicamente interpretate, non consentono al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia di donne, l'attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche della donna che, insieme alla madre biologica, abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore". Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, par. 2 del ritenuto in fatto: "è qui in discussione la possibilità di dare effetto nell'ordinamento italiano provvedimenti giudiziari stranieri che riconoscano come genitore del bambino non solo chi abbia fornito i propri gameti, e dunque il genitore cosiddetto biologico; ma anche la persona che abbia condiviso il progetto genitoriale pur senza fornire il proprio apporto genetico, e dunque il cosiddetto genitore d'intenzione".

Ed è proprio nella richiesta veicolata dalle questioni di costituzionalità che si coglie non solo l'impatto etico e sociale delle due pronunce, ma anche lo stretto nesso con il versante più squisitamente istituzionale della vicenda, perché i giudici *a quibus* sembrano richiedere un intervento nomo-poietico suscettibile di incidere significativamente su una materia connotata da un elevato tasso di politicità, in cui il Parlamento dovrebbe, almeno in astratto, disporre di un'ampia sfera discrezionale.

3. Pur dichiarando le due questioni formalmente inammissibili, il giudice delle leggi si esprime comunque nel merito delle relative controversie, sviluppando ulteriormente una tecnica decisoria già sperimentata nel recente passato e riducendo contestualmente gli ambiti discrezionali riservati al legislatore.

Per quanto concerne la sentenza n. 32, secondo la Corte, benché ci si trovi in presenza di un rapporto di filiazione stabile ed effettivo, nessuno strumento normativo attualmente previsto nel nostro ordinamento potrebbe essere utilmente esperito per far valere i diritti dei nati a seguito di PMA eterologa, rivelando da questo punto di vista "una preoccupante lacuna del sistema nel garantire tutela ai minori e ai loro migliori interessi nella costruzione della propria identità personale"¹⁷.

Ma vi è di più, perché, a differenza di quanto potrebbe normalmente attendersi a fronte di una pronuncia di tipo processuale, il giudice delle leggi finisce per scrutinare, anche in modo piuttosto penetrante, la questione sottoposta alla propria cognizione, di fatto, ritenendo incostituzionale l'omissione del legislatore.

Basando quasi interamente il proprio impianto argomentativo sui principi fissati a più riprese dalla giurisprudenza sovranazionale in tema di "best interests of the child", la Corte riafferma la necessità di riconoscere la permanenza dei legami, che si instaurano tra il bambino e la sua famiglia, in modo tale da garantire il diritto del minore stesso a beneficiare di una relazione stabile e continuativa con entrambi i genitori¹⁸. Anche in assenza di una espressa base testuale,

¹⁷ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, par. 2.4.1.3 del considerato in diritto.

¹⁸ Così, ad esempio, CEDU, *Strand Lobben e altri c. Norvegia*, ric. 37283/13 (2019). Per un commento, si rimanda a J. LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in F. BUFFA – M.G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo. Numero speciale di Questione giustizia*, aprile 2019, pp. 413 ss.; G.O. CESARO, *The best interest of the child nel caso Strand Lobben/Norvegia avanti alla Cedu*, in *Minorigiustizia*, 2018, n. 4 pp. 195 ss. nonché L. ACCONCIAMESSA, *Occasioni mancate: il bilanciamento tra diritto alla vita familiare e best interest of the child, e la rappresentanza del minore nella sentenza Strand Lobben*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, n. 1, pp.

la Consulta ritiene quindi che il diritto alla vita privata e familiare del fanciullo debba sempre costituire un elemento determinante di valutazione e, “*a meno che un distacco non si renda necessario nel suo superiore interesse, il minore non deve mai essere separato dai propri genitori*”¹⁹. In questa medesima prospettiva, il giudice costituzionale assimila il legame esistente tra la madre “intenzionale” e il figlio nato tramite fecondazione eterologa a un vero e proprio rapporto di filiazione, ricomprendendo nella tutela del “preminente interesse del minore” la garanzia del suo diritto “*all'identità affettiva, relazionale e sociale, che si fonda sulla stabilità dei rapporti familiari e sul loro riconoscimento giuridico*”²⁰.

Le questioni sollevate dai rimettenti andrebbero, pertanto, a confermare l'impellenza di un intervento riformatore ad opera del Parlamento, poiché, sebbene in presenza di un rapporto consolidatosi nella pratica della vita quotidiana con la propria madre “intenzionale”, ad oggi, nessuno strumento potrebbe essere utilmente impiegato per tutelare in maniera efficace il benessere del minore, specie nelle situazioni per lui più delicate, quali la crisi della coppia o la negazione dell'assenso all'adozione da parte del genitore biologico²¹. Per come attualmente congegnato dal legislatore, infatti, anche l'istituto dell'adozione in casi particolari opera soltanto in ipotesi tipiche e produce effetti circoscritti, che non conferiscono al minore lo *status* di figlio legittimo dell'adottante, né assicurano la creazione di un legame di parentela con la nuova famiglia, né

tantomeno interrompono i rapporti con la famiglia d'origine. Di conseguenza, i nati a seguito di PMA eterologa praticata da coppie dello stesso sesso, in cui la madre biologica non presti il proprio assenso per l'adozione in casi particolari, verserebbero in una condizione capace di compromettere la tutela dei loro preminenti interessi, costringendoli “*al rapporto con un solo genitore*”, unicamente in ragione “*dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo*”²².

Ciò nondimeno, la Consulta ritiene di non poter direttamente rimediare a un simile vuoto di tutela, e così rivolge una sorta di monito al legislatore, affinché individui un “*ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nell'interesse del minore*” e nel rispetto della dignità della persona umana. Proprio in considerazione di questa particolarissima incidenza sulla definizione e sulla costruzione dell'identità personale del fanciullo, le Camere sarebbero chiamate a riconoscere esplicitamente e a garantire il legame di filiazione, intercorrente tra il bimbo, concepito all'estero, ricorrendo alla surrogazione di maternità, e i suoi genitori “di intenzione”²³.

L'opera del legislatore, peraltro, non si rivelerebbe necessaria soltanto per rendere effettivi i diritti fondamentali del minore, assicurando la stabilità dei legami e delle relazioni affettive, che egli ha istituito con chi svolge concretamente

225 ss. Nello stesso senso si veda pure Corte cost., 29 maggio 2020, n. 102. In dottrina, L. DELLI PRISCOLI, *Sottrazione internazionale dei minori e “the best interest of the child” quale interesse alla bigenitorialità*, in *La giustizia penale*, 2020, n. 8, pp. 239 ss.; E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra “letture neutralizzanti” il fenomeno e tutela sovranazionale degli “human rights”*, in *Diritti fondamentali*, disponibile all'indirizzo www.dirittifondamentali.it, 2021, n. 1; A. FEDERICO, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Giustizia civile*, 2020, n. 4, pp. 647 ss.

¹⁹ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, par. 2.4.1.2 del considerato in diritto. *Ad adiuvandum* si vedano anche CEDU, *Yousef c. Paesi Bassi*, ric. 33711/96 (2002); CEDU, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, 76240/01 (2007); CEDU, *X c. Lettonia*, ric. 27853/09 (2013).

²⁰ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, par. 2.4.1.2 del considerato in diritto, che richiama tra gli altri CEDU, *Mennesson c. Francia*, ric. 65941/11 (2014). Per un approfondimento, si vedano senza pretesa di esaustività L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: Una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2015, n. 3, pp. 7 ss.; M. GIUNGI, *Mennesson c. Francia e Labasse c. Francia: Le molteplici sfumature della surrogazione di maternità*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, n. 4, 953 ss.; L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, n. 1, pp. 148 ss.

²¹ Cfr. S. TONOLO, *Status filiationis da maternità surrogata e adozione da parte del genitore “intenzionale”. I limiti nella formula dell'adattamento*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, n. 4, pp. 1151 ss.; R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel pianeta famiglia*, 2015, n. 3, pp. 66 ss.; F. POGGI, *Le colpe dei padri. Commento all'ordinanza della Corte di Cassazione n. 8325 del 29 aprile 2020*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2020, n. 18, pp. 119 ss.

²² Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, par. 2.4.1.3 del considerato in diritto. Secondo il giudice costituzionale, “*la loro condizione rivela caratteri solo in parte assimilabili a un'altra categoria di nati cui, per molti anni, è stato precluso il riconoscimento dello status di figli (i cosiddetti figli incestuosi), destinatari di limitate forme di tutela, a causa della condotta dei genitori. Ciò ha indotto questa Corte a ravvisare una capitis deminutio perpetua e irrimediabile, lesiva del diritto al riconoscimento formale di un proprio status filiationis, che è elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione, e in contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza*”. Sul tema si legga Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494 con nota tra gli altri di D. TEGA, *Il principio di verità della nascita e il diritto all'identità personale del “figlio incestuoso”: Le colpe dei padri non ricadano sui figli*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, n. 2, pp. 1076 ss.; A. RENDA, *Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza n. 494/2002 Corte Costituzionale*, in *Famiglia e diritto*, 2004, n. 1, pp. 96 ss.; R. FESTA, *Lo status filiationis come tratto distintivo dell'identità personale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2003, n. 4, pp. 893 ss.

²³ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, par. 2.4.1.4 del considerato in diritto. Analogamente, si vedano pure CEDU, *Nazarenko c. Russia*, ric. 39438/13 (2015) e Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230. In dottrina, per tutti, A. GIUBILEI, *L'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili. Nota alla sentenza n. 230 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, *Le attualità nel diritto*, disponibile all'indirizzo www.nomos-leattualitaneldiritto.it, 2020, n. 1, pp. 1 ss.; S. STEFANELLI, *Il rapporto tra nato in Italia da p.m.a. e madre intenzionale resta confinato all'adozione genitoriale*, in *Il Foro italiano*, 2021, n. 1, pp. 44 ss.; W. FERRANTE, *La registrazione all'anagrafe di un figlio con doppia maternità: dopo la Corte costituzionale, la parola alla Corte di giustizia*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2020, n. 3, pp. 49 ss.

nei suoi confronti la funzione genitoriale, ma anche, e soprattutto, per ovviare alla frammentarietà e alla scarsa idoneità degli strumenti normativi fino ad ora impiegati per tutelare i suoi “migliori interessi”. Il giudice delle leggi ritiene, infatti, che un proprio puntuale intervento in questo ambito possa creare disarmonie nel sistema complessivamente considerato e, dunque, auspica un’azione legislativa, che colmi al più presto la denunciata lacuna, per salvaguardare i diritti incompressibili del fanciullo. *Ergo*, l’azione degli organi politici sarebbe funzionale ad evitare – ed eventualmente a risolvere – quelle asimmetrie normative, che, con tutta probabilità, si produrrebbero a seguito di una decisione mirata da parte della Corte costituzionale²⁴.

Nella fattispecie, il richiamo alla categoria dogmatica della discrezionalità legislativa appare allora giustificato dall’esigenza sistemica di assicurare una disciplina organica della materia, in maniera tale da individuare le modalità più congrue al riconoscimento dei rapporti stabili del minore. In altre parole, alle Camere non spetta qui la facoltà di scegliere se intervenire o meno per regolare l’ambito normativo oggetto della *quaestio legitimitatis* – come invece implicherebbe la sussistenza di una discrezionalità piena – ma viene semplicemente riconosciuta la possibilità di valutare la congruità e l’adeguatezza dei mezzi necessari per raggiungere un fine costituzionalmente imposto, già qualificato dalla Corte, al di fuori della sede parlamentare. A questo proposito, il giudice delle leggi indica addirittura, in via esemplificativa, alcune possibili soluzioni, spaziando da una completa riscrittura delle previsioni in tema di riconoscimento del minore all’introduzione di un nuovo tipo di adozione, che attribuisca ai nati da PMA la pienezza dei diritti connessi alla filiazione, tramite una procedura tempestiva ed efficace.

La Corte, infine, incide anche sulle tempistiche, che dovrebbero presiedere all’esercizio del potere discrezionale assegnato al Parlamento, affermando in maniera piuttosto perentoria che “*non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell’inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia*”²⁵. In tale ottica, il particolare monito rivolto non integra altro che l’inizio di una sequenza, più o meno articolata, in cui il giudice costituzionale ha sostanzialmente deciso di procrastinare gli effetti di una propria pronuncia di accoglimento, onde consentire al circuito politico di adeguare la legislazione ordinaria ai principi costituzionali, secondo le indicazioni contenute nella propria pronuncia²⁶.

Decisioni di questo tipo, però, più che assecondare la logica collaborativa, sottesa a un adeguato bilanciamento tra discrezionalità del legislatore e tutela dei diritti fondamentali, esplicano una sostanziale efficacia conformativa, soprattutto allorché le sollecitazioni provenienti dalla Corte non trovino un adeguato e tempestivo riscontro a livello normativo. A fronte di una protratta inattività da parte delle Camere, infatti, il giudice costituzionale potrebbe anche ricorrere a una sorta di “messa in mora” nei confronti e del Parlamento l’inerzia legislativa, considerata anche rispetto al monito, potrà essere legittimamente impugnata da parte dei giudici comuni, conducendo questa volta a una decisione di accoglimento puro e semplice, quale diretta sanzione per lo stato di protratta inattività delle Assemblee elettive²⁷.

In termini del tutto simili, con la sentenza n. 33 del 2021, il giudice delle leggi incide sull’*an*, sul *quando* e perfino sul *quomodo* della discrezionalità in tesi riservata al legislatore. Per approdare a questa soluzione la Corte costituzionale prende ancora una volta le mosse dall’esigenza di salvaguardare gli interessi del bambino, nato tramite PMA, nei suoi rapporti con la coppia, omosessuale o eterosessuale, che ne abbia progettato e condiviso il concepimento, all’interno di uno Stato in cui la maternità surrogata non è contraria alla legge, portandolo quindi in Italia per poi prendersene quotidianamente cura. Più esattamente, il giudice costituzionale si domanda se, “*alla luce della complessità della vicenda*”, sia effettivamente rispettoso degli interessi del minore, riconosciuti e garantiti nelle norme costituzionali e sovranazionali richiamate dall’ordinanza di rimessione, il “diritto vivente” espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui il divieto penalmente sanzionato di surrogazione della maternità, di cui

incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, n. 5, pp. 1986 ss.; A.A. CERVATI, *Tipi di sentenze e tipi di motivazione nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del convegno svoltosi a Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano, 1988, pp. 255 ss.; R. PINARDI, *L’horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all’inerzia del legislatore*, Milano, 2007, pp. 112 ss.; L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in AA. VV., *Le sentenze in Europa. Metodo tecniche e stile*, Padova, 1988, pp. 222 ss.

²⁷ Si leggano pure *amplius* L. MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, 2000, pp. 131 ss.; L. CARLASSARE, *Le decisioni d’inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del convegno svoltosi a Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano, 1988, pp. 78 ss.; M. MONTELLA, *Tipologia delle sentenze della Corte costituzionale*, Rimini, 1992, pp. 68 ss.; L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze di indirizzo ed attività legislativa*, Padova, 1987, pp. 42 ss.; M.R. MORELLI, *Incostituzionalità sopravvenuta (anche a ridosso di precedenti pronunzie monitorie per successiva inerzia del legislatore)*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989, pp. 171 ss.

²⁴ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, par. 2.4.1.4 del considerato in diritto.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ In termini generali, si vedano E. CHELI, *Giustizia costituzionale e sfera parlamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 1993, n. 2, pp. 263 ss.; V. MARCENÒ, *La Corte costituzionale e le omissioni*

all'articolo 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, deve essere qualificato come “*principio di ordine pubblico, posto a tutela di valori fondamentali, tra cui segnatamente la dignità umana della gestante*”²⁸.

Per rispondere a tale interrogativo, la Corte impernia il suo ragionamento sulla necessità sistemica di riconoscere un “*preminente rilievo agli interessi del minore*”, cercando la soluzione ottimale per la protezione dei suoi diritti e, per questo, entrando nuovamente nel merito della questione di costituzionalità, seppur a fronte di una decisione di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore²⁹. Secondo il giudice delle leggi, “*non vi è dubbio che l'interesse di un bambino, accudito sin dalla nascita – e nel caso oggetto del giudizio a quo da ormai quasi sei anni – da parte di due soggetti, che hanno condiviso la decisione di farlo venire al mondo, sia quello di ottenere un riconoscimento, anche giuridico, dei legami, che nella realtà fattuale già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia*”³⁰. A giudizio della Corte, tali vincoli sono parte integrante della stessa identità del bambino, che vive e cresce in una determinata comunità di affetti. Ragion per cui l'interesse del minore a che tali rapporti siano affermati a livello giuridico e sociale diventa incontrovertibile, anche quando riguarda nuclei parentali formati da persone dello stesso sesso, dal momento che queste formazioni si rivelano comunque funzionali a soddisfare i bisogni di vita del fanciullo³¹.

In tali casi, non sarebbe in discussione un preteso “diritto alla genitorialità” da riconoscersi anche alle coppie omosessuali che si prendono materialmente cura del bambino, ma solo il “preminente interesse del minore” a che sia riconosciuto,

eventualmente anche in capo a persone dello stesso sesso, quel fascio di doveri, che l'ordinamento considera indissolubilmente legati all'esercizio della responsabilità genitoriale. Proprio per queste ragioni, occorre che pure i bambini nati mediante PMA eterologa ottengano una certificazione del proprio legame di filiazione con entrambi i componenti della coppia, che ne ha voluto la nascita e che ha poi deciso in modo consapevole di prendersene effettivamente cura, anche nelle ipotesi in cui l'ordinamento vieti il ricorso diretto alla *surrogacy*³².

Se da un lato, quindi, i parametri evocati dal giudice rimettente sembrerebbero giustificare l'orientamento giurisprudenziale seguito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che nega la trascrizione di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo *status* di genitore anche al componente della coppia, che ha partecipato al progetto di surrogazione della maternità, senza fornire i propri gameti; dall'altro, essi impongono parimenti di salvaguardare l'interesse del minore, attraverso il riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi i componenti della coppia³³.

Di conseguenza, anche in questa seconda decisione, l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto al legislatore nella regolazione della materia e che, nel nostro sistema giuridico, ha inteso presidiare attraverso la sanzione penale il ricorso alla “*surrogacy*”, ne esce notevolmente ridimensionato, perché il Parlamento dovrà pur sempre riconoscere il “legame di filiazione” con entrambi i componenti della coppia, che di fatto si prende cura del minore. Detto diversamente, nella prospettiva prescelta dalla Corte, il “*best interest of the child*” pare assumere preminenza rispetto a ogni altra considerazione di politica normativa, spingendo sempre verso l'accettazione dei legami tra il bambino e il proprio genitore “d'intenzione”, allorché il loro rapporto si sia già concretizzato³⁴.

²⁸ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.2 del considerato in diritto.

²⁹ Al riguardo, esemplarmente, M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e società*, 2020, n. 2, pp. 53 ss.; C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro Italiano*, 1970, n. 9, pp. 153 ss.; R. ROMBOLI, *Sull'esistenza di scelte riservate alla discrezionalità del legislatore: La sindacabilità delle regole di tecnica legislativa e l'utilizzo delle sentenze additive di principio*, in *Percorsi costituzionali*, 2010, n. 2, pp. 67 ss.; G.P. DOLSO, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano, 2003, pp. 67 ss.; P. COSTANZO, *Legislature e Corte costituzionale: uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in *Consulta online*, disponibile all'indirizzo www.giurcost.org, 2008, n. 2, pp. 1 ss.

³⁰ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.4 del considerato in diritto. Cfr. anche Corte cost., 17 dicembre 1981, n. 11; Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272 e Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239. Per un approfondimento E. FALLETTI, *Il riconoscimento in Italia dello 'status' di figlio nato da "surrogacy" straniera*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, n. 8, pp. 1830 ss.; S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo www.osservatoriosullefonti.it, 2018, n. 2, pp. 2 ss.; V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, pma eterologa e cognome materno*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, disponibile all'indirizzo www.nomos-leattualitaneldiritto.it, 2018, n. 1, pp. 1 ss.

³¹ Così, Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.4 del considerato in diritto.

³² Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, par. 5.6 del considerato in diritto. Per un'analoga sottolineatura, si veda altresì Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, che già evocava i diritti del minore “*nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità*”, nonché Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221. In dottrina B. LIBERALI, *La legge n. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, 2020, n. 5, pp. 534 ss.; A. COSSIRI, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, n. 5, pp. 2633 ss. nonché I. BARONE, *Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la consulta il divieto è legittimo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, n. 3, pp. 555 ss.

³³ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.5 del considerato in diritto.

³⁴ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.6 del considerato in diritto. Più in generale, si rimanda a S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *Genius*, 2017, n. 2, pp. 49 ss.; T. TRINCHERA – G. VALLAR, *La surrogazione di maternità all'estero: trascrizione dell'atto di nascita e profili di responsabilità penale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2015, n. 1, pp. 34 ss. e *passim* A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità: fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018.

Si può pertanto ritenere che, in termini non dissimili da quanto accaduto con la sentenza n. 32, la Corte abbia inciso, anche in questo caso, sulle modalità attraverso cui dovrà essere assicurata la tutela degli interessi del minore, indicando con precisione alle Camere gli strumenti pratici, che dovrebbero garantire le esigenze costituzionali dei soggetti nati a seguito di PMA eterologa, praticata da persone dello stesso sesso. Il giudice delle leggi auspica, in particolare, l'introduzione di un "*procedimento di adozione celere ed effettivo, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato*", in quanto "*ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di riconoscimento finirebbe per strumentalizzare la persona del minore, in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata*"³⁵.

In questa stessa logica, l'adozione in casi particolari costituirebbe una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma non del tutto adeguata al pieno rispetto dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati. Il relativo istituto dovrebbe, dunque, essere disciplinato in modo "*più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo [...] della legge n. 184 del 1983*"³⁶. Nell'ottica di garantire un adeguato temperamento tra la finalità di sanzionare penalmente la surrogazione di maternità e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, il compito di adeguare il diritto vigente agli interessi dei bambini nati da PMA eterologa non può che spettare, almeno in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i principi in gioco, scegliendola tra un "ventaglio" di opzioni possibili, tutte astrattamente compatibili con il dettato costituzionale³⁷.

4. Quanto finora osservato chiarisce come le pronunce in commento si rivelino particolarmente funzionali, al fine di individuare alcune soluzioni preteritorie ormai stabilmente consolidate nell'ambito del giudizio di costituzionalità

³⁵ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.9 del considerato in diritto. Cfr anche Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494 e Corte cost., 29 maggio 2020 n. 102.

³⁶ Così, Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.8 del considerato in diritto. Similmente, in dottrina, si leggano G. CURCIO – L. TROVATO, *L'utilizzo dell'art. 44, comma 1, lett. d della legge n. 184/1983 nei casi di omogenitorialità: le ragioni del sì*, in *Minorigiustizia*, 2017, n. 1, pp. 153 ss.; M. ACIERNO – S. CELENTANO, *La genitorialità e la gestazione per altri. L'intervento delle Sezioni unite*, in *Questione giustizia*, 14 maggio 2019, pp. 1 ss.; A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*. Napoli, 2017, pp. 73 ss.

³⁷ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.9 del considerato in diritto.

relativo all'esercizio della discrezionalità legislativa, evidenziando così, con maggiore chiarezza, anche lo stato dei rapporti, che, ad oggi, legano Corte costituzionale e Parlamento.

In primo luogo, il giudice delle leggi rafforza ulteriormente un *trend* giurisprudenziale, già ampiamente sviluppatosi a partire dalla seconda metà degli anni Novanta del secolo scorso, secondo cui, a fronte di questioni che incidono, a vario titolo, su materie eticamente sensibili o che investono direttamente il libero apprezzamento degli organi politici, la stessa Corte, anche quando propende per una decisione di inammissibilità, tende comunque ad effettuare un controllo approfondito sul merito della controversia, indirizzando dettagliatamente l'attività normativa delle Camere, alla luce dei parametri costituzionali evocati³⁸.

Pur constatando che la materia su cui vertono le censure formulate dal giudice *a quo* rientra negli ambiti di discrezionali riservati al legislatore, la Consulta non si limita per ciò stesso a rigettare la relativa questione, ma entra nel merito di quei medesimi rilievi, evidenziando la contrarietà a Costituzione della normativa impugnata. In base a questo orientamento, diventa sempre più complesso ritrovare una perfetta corrispondenza tra il carattere discrezionale della *quaestio legitimitatis* e la sua insindacabilità, poiché molto dipende dalle caratteristiche della fattispecie, oltre che dalla congiuntura storico-politica e dalla temperie culturale in cui la vicenda concretamente si inserisce e, di conseguenza, giunge all'attenzione del giudice costituzionale³⁹.

Solitamente interventi di questo tenore si giustificano in vista della necessità di garantire che l'azione intrapresa dagli organi legislativi sia conforme a ragionevolezza, postulando in questo senso l'esistenza di situazioni di fatto rispetto

³⁸ Per un *excursus*, senza pretese di esaustività, R. PINARDI, *Ammissibilità di una questione fondata tra moniti al legislatore e mancata tutela del principio di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, n. 1, pp. 377 ss.; G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. VIOLANTE – L. MINERVINI (a cura di), *Storia d'Italia. Annali XIV. Legge, diritto, giustizia*, Torino, 1998, pp. 976 ss.; A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto: I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, pp. 15 ss.; G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, pp. 167 ss.; nonché F. SACCO, *L'impatto della giurisprudenza costituzionale nella tutela dei diritti fondamentali: una prospettiva storica*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 707 ss..

³⁹ In questo senso, si leggano, ad esempio, G.P. DOLSO, *Le decisioni di inammissibilità nella recente giurisprudenza della Corte*, in A. BARBERA – T. F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, pp. 547 ss.; E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996, pp. 40 ss.; C. CAPOLUPO, *Le decisioni di inammissibilità*, in M. SCUDIERO – S. STAIANO (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, 1999, pp. 1 ss.

alle quali non è possibile prescindere da uno scrutinio *funditus* del contenuto normativo, fino a valutare i presupposti, che hanno condotto all'adozione di quella specifica disciplina⁴⁰.

Da questo punto di vista, entrambe le decisioni in commento non fanno eccezione, giacché le censure di costituzionalità denunciate dal giudice delle leggi si appuntano, da una parte, sul mancato rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità in materia di filiazione e, dall'altra, sul trattamento discriminatorio, patito dai minori nati a seguito di PMA eterologa, praticata da coppie omosessuali. A riprova di ciò, nelle due sentenze, la Corte sottolinea, a più riprese, come il vero *punctum dolens* dell'intera vicenda sia da rintracciarsi nell'irragionevole disparità di trattamento operata nei confronti dei figli nati e concepiti da procreazione medicalmente assistita, per effetto di un progetto genitoriale condotto da due persone non eterosessuali e che, dunque, non sia minimamente in discussione la legittimità del divieto di accesso alle tecniche di surrogazione della maternità⁴¹.

Più specificamente, le norme indubbiamente, laddove impediscono il riconoscimento del legame fra il minore e il *partner* della coppia a lui non immediatamente legato dal punto di vista biologico, non farebbero altro che sottrarre al fanciullo una figura, che intende pur sempre assumersi quei doveri di cura e assistenza naturalmente insiti nell'esercizio della responsabilità genitoriale. Così teleologicamente orientata, la discrezionalità del legislatore non incontrerebbe solo il limite logico legato al divieto costituzionale di operare scelte discriminatorie per motivi di genere o attinenti all'orientamento sessuale dei componenti della coppia, ma sarebbe condizionata, in termini ancora più stringenti, anche dalla necessità sistemica di garantire il "preminente interesse del minore", alla ricerca di un bilanciamento proporzionato con lo scopo di disincentivare il ricorso alla PMA eterologa. Pronunce di questo tipo testimoniano come, nella prospettiva ormai definitivamente prescelta dalla Corte costituzionale, la presenza di una sfera riservata alla discrezionalità del legislatore non implichi più

una sorta di naturale incompetenza nei confronti di quelle scelte specifiche, che possono determinarsi compiutamente soltanto a seguito di una valutazione di natura politica, ma coinvolge, senza eccezioni, un'analisi minuziosa in ordine alla costituzionalità della fattispecie, soprattutto quando sia in gioco il rispetto dei diritti individuali e, in particolar modo, la protezione di soggetti ritenuti strutturalmente deboli⁴².

Questa analisi del merito, che – secondo uno schema già collaudato, tra gli altri, con l'ordinanza n. 207 del 2018 in tema di aiuto al suicidio e, più di recente, con l'ordinanza n. 97 del 2021 in materia di ergastolo ostativo – evidenzia con precisione i punti di frizione col dettato costituzionale, giovandosi pure dell'appoggio fornito dalla giurisprudenza europea, e contribuisce così a circoscrivere gli spazi di operatività assegnati al decisore politico⁴³. A questa stregua, il ricorso alla discrezionalità legislativa si tramuta in una vera e propria tecnica di giudizio, impiegata con intensità variabile in ragione delle peculiarità del caso concreto, al fine di sollecitare l'azione normativa astrattamente affidata alle Camere, fino a sostituirsi agli organi rappresentativi nei casi più eclatanti di inerzia⁴⁴.

Non a caso, nella sentenza n. 32, il giudice delle leggi dichiara apertamente di "*non poter ora porre rimedio*" alle lacune rilevate nella disciplina legislativa,

⁴² Si consultino, ad esempio, N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo www.rivistaaic.it, 2017, n. 4, pp. 1 ss.; A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, n. 4, pp. 3199 ss.; R. BASILE, *Le decisioni di manifesta inammissibilità e infondatezza per rispetto della discrezionalità del legislatore*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 437 ss.

⁴³ Similmente si rimanda a R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: la Corte alla prova dei fatti*, in M. D'AMICO – F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: Istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, pp. 439 ss.; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'incrocio costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, disponibile all'indirizzo www.giurcost.org, 2018, n. 3, pp. 2 ss.; M. PICCHI, *Leale e dialettica collaborazione fra corte costituzionale e parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo www.osservatoriosullefonti.it, 2018, n. 3, pp. 2 ss.

⁴⁴ In questo senso anche C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *Bio-Law Journal-Rivista di BioDiritto*, 2018, n. 3, pp. 139 ss.; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 19 novembre 2018, pp. 342 ss. In una prospettiva analoga, si confronti pure C. PANZERA, *Sulla combinazione delle tecniche decisorie: uno strumento peculiare del (solo) giudice costituzionale*, in E. BINDI – M. PERINI – A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune e i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino 2008, pp. 424 ss.

⁴⁰ Nella prospettiva prescelta nel corpo del testo, si rimanda tra gli altri a F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, pp. 89 ss.; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, pp. 92 ss.; R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima politica e quella giurisdizionale. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo www.rivistaaic.it, 2017, n. 3, pp. 1 ss.; A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Diritto e società*, 2000, n. 4, pp. 567 ss.; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, pp. 357 ss.

⁴¹ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, par. 2 del considerato in diritto e Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, par. 6.6. del considerato in diritto.

facendo di conseguenza presagire l'intenzione di procedere alla caducazione manipolativa delle norme oggetto, nell'ipotesi in cui il Parlamento decida di non conformarsi alle indicazioni contenute nella pronuncia⁴⁵. Parimenti, nella sentenza n. 33, il giudice delle leggi precisa che spetta alle Camere intervenire “*in prima battuta*” e che la Corte “*non può, allo stato, che cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore*”⁴⁶. Anche in questo caso, però, il rispetto delle prerogative politiche delle Assemblee elettive deve ritenersi temporaneo e, comunque, condizionato all'esperimento di una precisa azione riformatrice, volta ad adeguare la disciplina vigente, in base alle indicazioni minuziosamente fornite dal giudice costituzionale. Anzi, la Corte si fa addirittura carico, in entrambi i casi, di indicare al legislatore talune soluzioni normative, che potrebbero più agevolmente tutelare il “preminente interesse del minore” e, allo stesso tempo, insiste pure sulla necessità di agire con una certa urgenza⁴⁷.

Questi aspetti, come ovvio, incidono notevolmente sul significato che la discrezionalità legislativa assume nel nostro ordinamento, con riguardo ai rapporti che *more solito* intercorrono tra giudice costituzionale e Parlamento. Storicamente, infatti, l'istituto della discrezionalità è stato impiegato dal giudice delle leggi per designare una pluralità di ipotesi, in cui la struttura stessa del sistema giuridico richiedeva di rispettare l'azione istituzionale delle Camere⁴⁸.

A seconda delle esigenze del giudizio, dunque, la nozione di discrezionalità del legislatore, è stata impiegata dalla Corte sia con riferimento a situazioni,

per così dire, di “indifferenza costituzionale”, in cui il Parlamento appariva totalmente libero di individuare i mezzi e i fini della propria azione politica, sia quando si sia reso necessario valutare in concreto gli esiti di un bilanciamento già operato dagli organi rappresentativi⁴⁹. Attualmente, invece, specie laddove la *quaestio legitimitatis* tocchi o lambisca una materia controversa, che coinvolge l'esercizio dei diritti fondamentali, il concetto di discrezionalità legislativa si trasforma, andando a caratterizzare quelle ipotesi in cui, una volta che sia stata accertata l'incostituzionalità delle disposizioni impugnate, la Corte non è in grado di pervenire autonomamente a una diversa ricostruzione normativa della fattispecie⁵⁰.

Ne consegue che il richiamo alla discrezionalità dovrà effettuarsi, in senso pieno, solo allorché la controversia dedotta in giudizio debba essere risolta attraverso una scelta tra più strumenti, tutti astrattamente compatibili con il dettato costituzionale⁵¹. Questa soluzione, sovente ricollegata alla richiesta da parte del giudice *a quo* di un intervento manipolativo, è quella che più di ogni altra giustifica tecnicamente il ricorso a un dispositivo di inammissibilità, giacché il riscontro di una panoplia di possibili azioni, tutte capaci di garantire le libertà individuali e rispetto a cui non emerge una direzione univocamente orientata dalla Costituzione, non può che indurre la Corte ad arrestare il proprio

⁴⁹ In relazione ai possibili utilizzi del concetto di discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza costituzionale si leggano A. SPERTI, *La discrezionalità del legislatore*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, pp. 625 ss.; L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1964, n. 1, pp. 306 ss.; F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, n. 1, pp. 1646 ss.

⁵⁰ Per tutti, si rinvia a F. FELICETTI, *Discrezionalità legislativa e giudizio di costituzionalità*, in *Foro italiano*, 1/1986, 591-608; R. ROMBOLI, *Il giudizio di legittimità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Il giudizio in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, Torino, 1993, pp. 47 ss.; A. CERRI, *Inammissibilità assoluta e infondatezza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1983, n. 3, pp. 1219 ss.; L. CARLASSARE, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del convegno svoltosi a Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano, 1988, pp. 123 ss.; L. PESOLE, *L'inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, n. 2, pp. 277 ss.

⁵¹ S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, pp. 17 ss.; L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1988, pp. 528 ss.; A. BONOMI, *Quando la Corte può decidere ma decide di “non decidere”: le decisioni di “inammissibilità per eccesso di fondatezza”, le decisioni interpretative di inammissibilità per omessa interpretazione “conforme a” e alcune decisioni di restituzione degli atti per ius superveniens*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo www.forumcostituzionale.it, 25 ottobre 2013, pp. 1 ss.

⁴⁵ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, par. 2.4.1.4 del considerato in diritto.

⁴⁶ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.9 del considerato in diritto.

⁴⁷ A titolo di esempio, si leggano le considerazioni precedentemente svolte da R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *Consulta online*, disponibile all'indirizzo www.giurcost.org, 2015, n. 1, pp. 220 ss.; M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: Istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, pp. 315 ss.; R. DICKMANN, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle pronunce di accoglimento per evitare “effetti” ancora più incompatibili con la Costituzione*, in *Federalismi*, disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 2015, n. 1, pp. 78 ss.

⁴⁸ Circa il significato originariamente assunto dalla nozione di “discrezionalità del legislatore”, si rimanda *ex plurimis* a C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Milano, 1979, pp. 63 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, n. 3, pp. 795 ss.; V. ZANGARA, *Limiti alla funzione legislativa nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, vol. I, Padova, 1957, pp. 96 ss.; G. AZZARITI, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità sul contenuto delle leggi: l'eccesso di potere legislativo come vizio logico intrinseco della legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, n. 2, pp. 653 ss.; L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1956, n. 6, pp. 993 ss.

intervento, riservando la puntuale definizione della materia alla libera ponderazione del Parlamento. Non deve dimenticarsi, infatti, che le manipolazioni del dettato normativo, restano consentite unicamente quando la soluzione adeguatrice si traduca in una necessaria, esclusiva e, spesso, implicita estensione della disciplina costituzionale in cui è inserita la norma impugnata⁵².

In questo rinnovato contesto, dinanzi all'esigenza di indicare delle soluzioni che siano in grado di porre rimedio al rilevato vuoto di tutela nella protezione dei "preminenti interessi del minore", il ricorso alla discrezionalità del legislatore può giustificarsi, tutto al più, con la necessità di armonizzare gli aspetti idiosincratici del caso concreto. Al Parlamento spetterebbe così solo il compito di disciplinare in maniera organica una materia connotata da notevole complessità sistematica, oppure sarebbe assegnata la funzione di correggere le disarmonie eventualmente ingeneratesi nell'ordinamento, inserendo con coerenza nel *corpus* normativo di riferimento i principi derivanti dalle decisioni della Corte. In conclusione, al legislatore resterebbe semplicemente attribuita la funzione per così dire "de-politicizzata" di riorganizzare normativamente una data disciplina sulla base delle indicazioni ricevute dal giudice costituzionale, secondo una volontà formatasi al di fuori delle aule parlamentari, senza incidere significativamente sull'individuazione e sul contemperamento dei beni rilevanti sul piano costituzionale⁵³.

5. A livello sistemico, questo rinnovato approccio apre scenari del tutto inediti e per certi versi rischiosi. A lungo andare, infatti, i ruoli tradizionalmente

assegnati al Parlamento e al giudice delle leggi potrebbero diventare perfettamente alternativi, benché agli organi politici sia ancora accordata istituzionalmente la precedenza, o meglio una sorta di "*prioritaria valutazione*", che in talune fattispecie suggerisce alla Corte di "*arrestarsi e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore*"⁵⁴. Assecondando la scansione auspicata dal giudice costituzionale, il Parlamento sarebbe quasi sempre chiamato a rompere gli indugi, per far fronte a una protratta inerzia, ma la Corte conserverebbe comunque per sé il compito di intervenire in seconda battuta, sia nelle ipotesi in cui l'inattività degli organi politici ancora perduri, sia nel caso in cui la soluzione concretamente adottata dalle Camere non si riveli soddisfacente, vuoi perché inadatta a salvaguardare pienamente gli interessi in gioco, vuoi perché inadeguata ad implementare i principi sanciti in sede di controllo di costituzionalità⁵⁵.

In quest'ottica, sembra quindi assistersi ad un progressivo temperamento della divisione dei poteri, determinato essenzialmente dall'incapacità del Parlamento di legiferare in modo compiuto su materie socialmente dibattute, che coinvolgono la protezione di soggetti vulnerabili. Ration per cui, qualora il Parlamento si attivi con colpevole ritardo, l'intervento suppletivo del giudice delle leggi sarà in grado di garantire l'esercizio delle libertà fondamentali e, correlativamente, la discrezionalità del legislatore dovrà restringersi, per riconoscere preminenza assiologica alla tutela dei diritti individuali⁵⁶. Più specificamente, quando si tratti di garantire le ragioni dei singoli di fronte a scelte – anche omissive – del Parlamento, che incidono su diritti costituzionalmente protetti, la Corte non esita più a intervenire, anche su materie connotate da un elevatissimo tasso di politicità⁵⁷.

La discrezionalità legislativa perde così la propria valenza sostanziale e, in ragione della sua capacità di espandersi o di contrarsi a seconda delle circostanze, si

⁵² Da questo punto di vista, M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, pp. 116 ss.; G.P. DOLSO, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano 2003, pp. 214 ss.; R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano 1993, pp. 80 ss.; E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore nel periodo 1987-1989*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino 1991, pp. 214 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1988, pp. 469 ss.

⁵³ Più in generale, R. ROMBOLI, *Verso un "nuovo" utilizzo delle decisioni interpretative*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, n. 3, pp. 591-594; F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1988, pp. 70 ss.; L. SICA, *Genesis, applicazione e dichiarazione di incostituzionalità della Robin Hood Tax: Note a margine di alcune mutazioni*, in *Diritto pubblico*, 2015, n. 2, pp. 581 ss.; A. MANZELLA, *Corte costituzionale e Parlamento*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2011, n. 173, pp. 103 ss.; A. RUGGERI, *Gli "effetti politici" delle sentenze della Corte costituzionale emesse in occasione dei giudizi sulle leggi*, in *Consulta online*, disponibile all'indirizzo www.giurcost.org, 2014, n. 1, pp. 1 ss.

⁵⁴ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.9 del considerato in diritto.

⁵⁵ Cfr. *verbatim* Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, par. 2.4.1.4 del considerato in diritto.

⁵⁶ In una prospettiva analoga si leggano N. ZANON, *La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero del diritto all'"ultima parola" al cospetto delle decisioni d'incostituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, n. 5, pp. 3169 ss.; A. LO JODICE, *La Corte costituzionale tra tecnica giuridica e contatti con la politica*, in V. TONDI DELLA MURA – M. CARDUCCI – R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica. Atti del seminario di Otranto-Lecce, svoltosi il 4-5 giugno 2004*, Torino 2005, pp. 1 ss.; I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, n. 2, pp. 1309 ss.

⁵⁷ C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Padova 1996, pp. 88 ss.; F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, pp. 19 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *I rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del "caso Englaro")*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2009, n. 3, pp. 380 ss.

trasforma, come detto, in una vera e propria tecnica di giudizio a disposizione del giudice delle leggi, per definire di volta in volta gli equilibri tra i singoli poteri. Di conseguenza, la Corte ne invocherà la sussistenza, laddove sia necessario tutelare alcune specifiche esigenze di funzionamento della forma di governo, mentre escogiterà degli espedienti, invero non sempre lineari, per superarla, allorché sia avvertito il bisogno di proteggere diritti e libertà fondamentali di particolare rilevanza, come nel caso in cui occorra tutelare il “*best intrest of the child*”⁵⁸.

Probabilmente, però, come già rilevato da autorevole dottrina, il carattere *sub condicione* del limite tradizionalmente rappresentato dalla discrezionalità del legislatore, la sostanziale fungibilità dei ruoli istituzionali spettanti al massimo decisore politico e al massimo garante della legalità costituzionale, unitamente a una strutturale cedevolezza del principio della separazione dei poteri, rischiano di inficiare l’idea stessa di Costituzione, oltre che il concetto di Stato di diritto⁵⁹. E di questo occorrerebbe certamente tenere conto, anche in prospettiva futura.

RIFLESSIONI COMPARATE

⁵⁸ Cfr. M. RUOTOLO, *Corte, giustizia e politica*, in V. TONDI DELLA MURA – M. CARDUCCI – R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica. Atti del seminario di Otranto-Lecce, svoltosi il 4-5 giugno 2004*, Torino 2005, pp. 239 ss.

⁵⁹ Così, espressamente, A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità del legislatore*, in *Consulta online*, disponibile all’indirizzo www.giurcost.org, 2021, n. 1, pp. 1 ss., ma si vedano anche N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi*, disponibile all’indirizzo www.federalismi.it, 2021, n. 3, pp. 86 ss. e C. MEZZANOTTE, *Le garanzie dell’autonomia delle Camere nello Stato costituzionale di diritto*, in E. GIANFRANCESCO – N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, 2007, pp. 225 ss.

Pequena Crónica Constitucional da Pandemia de COVID-19 no Portugal de 2020*

di VASCO PEREIRA DA SILVA

Primeiro Período - Fevereiro /Março 2020 – A Pandemia chega a Portugal¹

Sabe-se agora que o vírus COVID-19 começou a circular em Portugal, no mês de Fevereiro, trazido principalmente por viajantes e turistas, bem como por migrantes portugueses e estrangeiros, provenientes de áreas já antes atingidas pela infecção. No entanto, os dois primeiros casos de pacientes com COVID-19 só foram confirmados no dia 1 de Março, tendo sido formalmente anunciados ao país apenas no dia seguinte, numa conferência de imprensa concedida pelas autoridades de saúde (a saber, pela Ministra da Saúde e pela Diretora-Geral da Saúde)².

Desde o início da crise, em Portugal como nos demais países, a situação de saúde tem mostrado uma sucessão de altos e baixos, dando origem a sucessivas ondas, que vão e vêm, de um vírus bipolar. Esse comportamento ciclotímico do vírus também determinou mudanças constantes e, por vezes, mesmo radicais nas medidas de controlo da pandemia. Tais medidas oscilaram entre a consagração de períodos de grandes limitações, e até mesmo de suspensões de direitos humanos, com períodos de "curtos retornos" a uma certa "normalidade", intercalados ainda por outros períodos de natureza mista, caracterizados por múltiplas e distintas combinações intermédias entre medidas mais e menos restritivas.

As primeiras medidas tomadas contra a pandemia visavam resolver problemas específicos de surtos infecciosos mais intensos, de natureza local e regional,

mediante a limitação ou mesmo a proibição da circulação entre os municípios (como foi o caso de Ovar, no norte do país). Na ausência de legislação específica para lidar com as crises de saúde, utilizou-se a Lei de Bases da Proteção Civil (Lei nº. 27/2006, de 3 de Julho) para fundamentar essas medidas excecionais.

Na verdade, a Lei de Bases da Proteção Civil é uma lei ordinária reforçada, aplicável a situações de acidentes graves ou desastres naturais, que prevê a limitação temporária de direitos fundamentais em casos excecionais, mesmo que não possa suspendê-los. Tal Lei de Bases, contudo, mesmo contendo algumas normas suscetíveis de serem aplicadas - diretamente ou por analogia - a situações de crise de saúde, não é adequada nem suficiente para responder às especificidades das questões colocadas pelas situações pandémicas. Isto significa, em minha opinião, que a utilização da Lei de Bases da Proteção Civil como fundamento para a tomada de medidas sanitárias, só pode ter lugar numa situação excepcional e urgente (como foi o caso, no início da COVID-19); mas isto significa também, em sentido contrário, que uma tal fundamentação já não encontra qualquer razão de ser quando aquela situação se prolonga no tempo ou é sucessivamente repetida. Daí que seja manifestamente incompreensível que o poder legislativo, até hoje, ainda não tenha encontrado nem o tempo nem a vontade de proceder à criação de uma lei de emergência específica para situações de crise de saúde.

No entanto, não é somente a questão da falta de adequação da Lei de Bases da Proteção Civil que está aqui em causa, mas também o problema dos limites constitucionais da sua aplicação às emergências de saúde. Pois, na ordem constitucional portuguesa, não é possível suspender direitos fundamentais (como é o caso, por exemplo, das medidas sanitárias que obrigam todos aqueles que não estão doentes a permanecerem confinados em suas casas, ou na criação de "cercas sanitárias" municipais) exceto através da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência (art. 19, nº 1 da Constituição)³.

Segundo Período - 19 mars / 3 maio - Período de estado de emergência

A situação de saúde deteriorou-se consideravelmente durante a segunda quinzena de março, levando à declaração de estado de emergência, nos termos constitucionais.

O estado de emergência é regulado pela Constituição portuguesa simultaneamente com o estado de sítio (tendo ambos regime jurídico idêntico), só

*Articolo sottoposto a referaggio.

¹ O presente texto foi elaborado a partir das notas coligidas para a minha intervenção oral (por vídeo-conferência), na «Table Ronde Internationale de Justice Constitutionnelle», do Grupo de Pesquisa Internacional do «Institut Louis Favoreu», de «Aix-en-Provence», de Setembro de 2020, as quais deram também origem a um outro texto, com as inevitáveis diferenças e alterações, que vai ser publicado no «Annuaire de la Justice Constitutionnelle XXXVI 2020».

² Acerca do vírus e das suas consequências políticas, v. H.L. BERNARD, *Ce Virus Qui Rend Fou*, Éditions Grasset et Pasquelle, Paris, 2020; S. ZUBOFF, *A Era do Capitalismo da Vigilância – A Disputa por um Futuro Humano na Nova Fronteira do Poder*, Relógio d'Água, Lisboa, 2019; M. FOUCAULT, *Nascimento da Biopolítica*, Edições 70 (Almedina), Lisboa 2020.

³ J. BARCELAR GOUVEIA, *O estado de Excepção no Direito Constitucional – Entre a Eficiência e a Normatividade das Estruturas de Defesa Extraordinária da Constituição*, vols. I e II, Lisboa, 1998.

podendo cada um deles ser “declarado, no todo ou em parte do território nacional, nos casos de agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública” (artigo 19, nº. 2, da Constituição). A única diferença entre esses dois estados de exceção é a da sua intensidade, uma vez que “o estado de emergência é declarado quando os pressupostos referidos no parágrafo anterior sejam de menor gravidade e apenas pode determinar a suspensão de alguns dos direitos, liberdades e garantias suscetíveis de serem suspensos” (artigo 19, nº 3 da Constituição).

A declaração do estado de sítio ou de emergência deve ser “devidamente fundamentada”, bem como especificar os “direitos fundamentais, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso”. Trata-se ainda de uma medida temporária, que não pode “ter uma duração superior a quinze dias, ou à duração fixada por lei quando em consequência de declaração de guerra, sem prejuízo de eventuais renovações, com salvaguarda dos mesmos limites” (s. 19, nº. 5, da Constituição).

Todo o regime material do estado de emergência é legalmente conformado pelo princípio da proporcionalidade. A escolha entre a declaração do estado de sítio ou de emergência, bem como as modalidades de sua aplicação (no que diz respeito ao território, duração e meios utilizados) são determinadas pelo princípio da proporcionalidade e devem limitar-se “ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional” (artigo 19, nº 4 da Constituição). E é também por causa da proporcionalidade que “a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência confere às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional” (artigo 19, nº 8, da Constituição).⁴

É preciso realçar ainda a consagração de um limite material, correspondente a uma espécie de “mínimo constitucional de garantia dos direitos fundamentais”, pois “a declaração de estado de sítio ou do estado de emergência “em nenhum caso pode afetar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião” (artigo 19, n. 6 da Constituição). Da mesma maneira como é assegurada a garantia do “núcleo

essencial” da divisão de poderes, ao determinar que “a declaração do estado de sítio ou estado de emergência só pode mudar a normalidade constitucional nas condições previstas na Constituição e na lei, não podendo nomeadamente afetar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas ou os direitos e imunidades dos respetivos titulares» (artigo 19, nº 7 da Constituição). O que significa que a suspensão temporária dos direitos fundamentais, a qual só pode ter lugar nas condições constitucionalmente definidas, nunca poderá afetar “o mínimo constitucional do Estado de Direito” garantido pela Constituição.

Do ponto de vista orgânico, a declaração de estado de emergência envolve a colaboração ativa e a participação de todos os principais órgãos políticos constitucionais. De fato, a declaração de estado de emergência é da iniciativa e da competência do Presidente da República (artigo 134/d, da Constituição), mas depende da consulta prévia do Governo e da autorização da Assembleia da República (art.164/e, da Constituição). O decreto de declaração está submetido a referenda ministerial, após o que o Governo fica responsável por regulamentar o estado de emergência, o qual, por sua vez, fica sujeito ao controle da Assembleia da República, que aprecia a sua aplicação (artigo 29, nº 4, da Lei 44/86). Além disso, nem o Presidente da República poderá dissolver a Assembleia da República durante o período de estado de sítio ou de emergência (artigo 17º, nº 1, da Constituição), nem qualquer ato de revisão constitucional pode ser realizado enquanto existir qualquer um desses estados de exceção (artigo 289, da Constituição).

Esta interconexão de poderes dos órgãos do poder político, em Portugal, mostra como a divisão dos poderes é constitucionalmente organizada, num sistema de governo típico de um modelo semi-presidencial *sui generis*. Se quisermos utilizar aqui o critério de Carl Schmitt⁵, segundo o qual a resposta à questão de saber qual o órgão “soberano”, de uma qualquer lei fundamental, decorre inevitavelmente da competência para a declaração do estado de sítio ou de emergência, daí se pode então concluir que a Constituição Portuguesa consagra um equilíbrio relativo entre os três principais órgãos do poder político: o Presidente da República, a Assembleia da República e o Governo – o que é muito característico do sistema de governo semipresidencialista português.

⁴ V. J. MIRANDA – R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, v. I, 2 ed., Coimbra Editora / Wolters Rio Kluwer, 2010, pp. 19 s.; G. CANOTILHO – V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4 ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 397 s.; M. REBELO DE SOUSA - M. ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lex, Lisboa, 2000, pp. 99 s.

⁵ C. SCHMITT, *Politische Theologie - Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker & Humblot, München / Leipzig, 1922; *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982; *O Conceito do Político*, Edições 70 (Almedina), Lisboa, 2019; G. AGAMBEN, *O Estado de Exceção*, Edições 70 (Almedina), Lisboa, 2018.

Analisando agora a específica questão da pandemia, se se comparar, do ponto de vista constitucional, o período de vigência do estado de emergência com o imediatamente antes existente, a situação é claramente melhor neste “período de exceção” do que no anterior, por paradoxal que pareça. Isto porque, apesar do estado de emergência, envolver a suspensão de certos direitos fundamentais (nomeadamente, da liberdade de circulação), tal ocorreu de acordo com as normas constitucionais, enquanto que a situação anterior, utilizando a Lei de Bases da Proteção Civil para justificar medidas excepcionais, ainda que de forma local e esporádica, tinha originado uma situação de constitucionalidade mais do que duvidosa. Pois, a Lei de Bases da Proteção Civil não só não é adequada para a tomada de medidas para combater a pandemia, como nunca poderia ser utilizada para fundamentar uma qualquer suspensão de direitos fundamentais, em violação da Constituição (como é o caso, nomeadamente, no estabelecimento do regime local de “cerca sanitária”).

Terceiro Período - 3 de Maio / 1 julho – “Situação de calamidade” nos termos da Lei de Bases da Proteção Civil

Entretanto, a situação de saúde evoluiu de forma positiva e isso permitiu pôr termo ao período do estado de emergência, regulado pela Constituição. Tratava-se, no entanto, de uma melhora relativa, que não permitia o retorno à completa normalidade, em razão da persistência de graves surtos locais e regionais de infeção, bem como à continuação dos riscos nacionais de proliferação da pandemia. O Governo decidiu, então, adotar a “situação de calamidade”, com base na Lei de Bases da Proteção Civil, a partir de 3 de maio, a qual (malgrado o seu nome aparentar ser bem pior) era considerada como “menos grave” do que a resultante do estado de emergência.

O artigo 8º da Lei de Bases da Proteção Civil estabelece três níveis de proteção crescente contra acidentes e desastres naturais, a saber: “a situação de alerta”, “a situação de contingência” e “a situação de calamidade”. A partir do momento em que esta lei foi utilizada para se proceder ao controlo da pandemia sanitária, passa ser fonte imediata de equívocos e problemas de aplicação⁶.

Na verdade, as expressões utilizadas para designar os novos “estados excepcionais” (como passaram a ser imediatamente chamados) são equívocas e

fluidas, confundindo-se com o “estado de emergência”, ou parecendo mesmo ser ainda mais graves do que este, como é o caso da “situação de calamidade”, que aparenta ser muito pior do que o primeiro. Mais ainda, a falta de critérios legislativos rigorosos para distinguir essas três “situações/estados excepcionais” conduziu à indistinção e mistura de cada uma delas, permitindo múltiplas e aleatórias combinações de medidas, mais e menos gravosas, que já nada tinham a ver com a denominação de partida. A tudo isto acrescia ainda, para além da referida inadequação da Lei de Bases de Proteção Civil para lidar com problemas específicos de natureza sanitária (que o legislador não tratara de todo), a questão da falta de “cobertura jurídica” suscetível de lhe permitir (miraculosamente) superar as proibições constitucionais relativas à suspensão de direitos.

Quarto Período - 1º de julho / 15 de setembro - Regime misto ou diversificado com distintos tipos de “situações / estados” locais e regionais, qualificados de acordo com a Lei de Bases da Proteção Civil

No início do verão, a situação geral de saúde no país parecia estar a melhorar, embora os surtos infecciosos ainda persistissem em muitas regiões. Assim, o Governo decide estabelecer uma espécie de “situação ou de estado misto”, combinando todas as situações excepcionais previstas na Lei de Bases, mas distribuindo-as, em razão da intensidade da pandemia, pelas diferentes partes do território. De acordo com essa nova solução, desde o dia 1 de julho, foram estabelecidas as seguintes situações:

- a “situação de calamidade”, que é o estado excepcional mais grave, e que permanece para as 19 freguesias da região de Lisboa;
- a “situação de contingência”, que é o estado excepcional intermédio, e que é aplicado ao resto da região da Grande Lisboa e ao Vale do Tejo;
- a “situação de alerta”, que é o estado excepcional menos grave, e que é estabelecido para o resto do país.

Com o calor, o vírus parece ter-se “acalmado” um pouco, pelo menos é isso que pensa a generalidade da opinião pública. Contudo, do ponto de vista constitucional, a situação vigente não sofreu “melhoras”, não só porque continua a não existir ainda uma lei específica de emergência sanitária, mas também porque algumas das medidas tomadas para combater a pandemia carecem de base constitucional, ao permitir a suspensão de direitos fundamentais sem a necessária declaração de estado de emergência.

Começam então a surgir os litígios judiciais, ainda que algo tímidos de início, sob a forma de processos de *habeas corpus*. Tal é o caso dos litígios surgidos

⁶ R. GUERRA DA FONSECA, “State of emergency” and “Situation of Calamity”: Blurring the Legal Conditions for Fundamental Rights Restriction, in *ELPIS v-Law Review*, 10 to 15 Minutes on: The Effect of the “Corona Virus” in Global, European and National Law, n. 1/2020, www.elpisnetwork.eu/elpis-v-law-review-no-1-2020/

nos Açores, em razão da contestação das quarentenas obrigatórias, independentemente da existência de infeção, em hotéis turísticos, até então vazios, que são impostas pelas autoridades regionais a cidadãos não residentes nas Regiões Autónomas, e que vão dar origem a decisões do Tribunal Constitucional no sentido da inconstitucionalidade de tais medidas, no âmbito da fiscalização preventiva⁷.

Quinto Período - 10 de setembro – Declaração de "situação de contingência" para todo o país

No final do verão, o vírus da pandemia volta. Perante o crescente número de infectados, que se torna a verificar, o Governo decide estabelecer, a título de precaução, o "estado de contingência" para todo o país (e não mais apenas para a "Região da Grande Lisboa", como sucedera no período anterior). Do ponto de vista constitucional, porém a questão em nada se altera: continua a verificar-se a falta de base jurídica específica para a tomada de medidas excecionais de limitação dos direitos fundamentais, e falta também a declaração de "estado de emergência" de modo a permitir a suspensão desses memos direitos constitucionalmente regulados.

Por esta altura, generaliza-se a discussão jurídica acerca da eficácia e da proporcionalidade das medidas restritivas adoptadas. O que dá origem a uma nova fase do contencioso judicial, agora sob a égide da jurisdição administrativa, em que se discute a questão da proporcionalidade das medidas tomadas e da sua compatibilidade com as normas constitucionais. São utilizados meios processuais urgentes (em especial, a intimação para a defesa dos direitos fundamentais) ou providências cautelares para pôr em causa as medidas restritivas dos direitos dos particulares resultantes do combate à pandemia, as quais, no entanto, são geralmente recusadas. A jurisprudência moderniza a sua linguagem e começa a falar de um "Estado de Direito da Emergência Sanitária", ou de um "Direito Administrativo do Risco", mesmo que isso, por enquanto se pareça traduzir em pouco⁸.

⁷ Vide, por todos, no âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade, o «Acórdão do Tribunal Constitucional», número 424/2020, de 31 de Julho de 2020 (<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200424.html>).

⁸ Ver Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª Secção), de 10/09/2020 (vs. digital aqui: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/65cabfb083dcdc838025861b0039a6c8?OpenDocument&ExpandSection=1>).

Sexto período - de 6 de novembro até o final do ano (e além) – Declaração do estado de emergência

A situação de saúde deteriora-se consideravelmente. A 6 de novembro, o Presidente da República declara novo "estado de emergência", em razão da situação de calamidade pública, o qual vai ser sucessivamente renovado, de quinze em quinze dias, até ao final do ano (e para além deste, embora isso já não seja mais objeto desta nossa crónica).

Este período de estado de emergência vai apresentar sucessivas fases de confinamento, com "distintas velocidades". No início, experimenta-se um modelo de confinamento mais moderado; a este segue-se o endurecimento das medidas e a introdução de limites à circulação entre municípios (a partir de 20 de novembro); de seguida, adota-se uma ligeira flexibilização das medidas de confinamento para o período natalício; o que é seguido (de novo) por um regime mais duro e rigoroso para o período de Ano Novo.

O problema da base jurídica, para a tomada de medidas de confinamento, que envolvam a suspensão dos direitos fundamentais ficou resolvido, por causa da declaração de estado de emergência, mas a questão da proporcionalidade dessas medidas, assim como a da sua conformidade com as normas constitucionais continua a ser de grande relevância para o contencioso da pandemia⁹.

Balanço Provisório do "Direito Constitucional do Tempo da Pandemia"

Em síntese, e numa perspetiva de enunciar alguns dos traços mais característicos deste "Direito Constitucional do Tempo da pandemia", diga-se que:

- assiste-se a momentos sucessivos de vigência do estado de emergência, entrecortados por outros, em que se verifica a aplicação de regras decorrentes de situações excepcionais, fundamentadas na Lei de Bases da Proteção Civil. Estes últimos, aparentemente "mais leves" porque desprovidos da declaração de emergência são, na prática, muito mais lesivos dos direitos dos indivíduos, devido à falta de limites e de garantias legais e constitucionais para a sua aplicação;

- verifica-se que o prolongamento no tempo das medidas excepcionais de combate à pandemia, assim como a sua grande diversidade, para além de

⁹ Ver Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª Secção), de 31-10-2020 (vs. digital aqui: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/65cabfb083dcdc838025861b0039a6c8?OpenDocument&ExpandSection=1>).

provocar a natural “fadiga dos cidadãos”, é igualmente fonte de dúvidas para o particular (quer o “leigo”, quer às vezes mesmo até o “especialista”) quanto a saber qual o regime de saúde efetivamente vigente, num determinado momento ou situação, assim como quanto a determinar quando é que se trata de um regime “normal” ou “excepcional”;

- constata-se a necessidade imperiosa de uma lei especial de emergência sanitária, especificamente projetada para resolver as crises da saúde de uma forma efetiva e proporcional, garantindo ao mesmo tempo os direitos dos indivíduos. Na verdade é necessário que a lei de emergência sanitária (a criar) estabeleça nomeadamente os diferentes estádios de urgência, determinando os respetivos pressupostos (de uma forma “aberta”, mas razoavelmente “densa”) e o respetivo escalonamento: assim como estabeleça quais os direitos suscetíveis de sofrer limitações e restrições, além das condições e dos limites destas.

Em especial, um exemplo de aplicação do “estado de exceção sanitária”: Os resíduos em tempos de pandemia

Entre nós, há que referir a um problema particular de aplicação de normas de exceção sanitária no domínio do Direito do Ambiente, no contexto da pandemia. Diga-se, em primeiro lugar, que o direito fundamental ao ambiente nunca foi incluído entre os direitos suspensos nas várias declarações de estado de emergência, muito embora algumas das medidas restritivas em matéria ambiental, tomadas no contexto da pandemia, sejam susceptíveis de pôr em causa, ou mesmo de violar normas constitucionais¹⁰. Tal aconteceu, nomeadamente, com os dois casos do exercício da função administrativa, em Portugal, no contexto da política pública de gestão de resíduos em tempos de emergência, que a seguir se analisam¹¹.

¹⁰ V. PEREIRA DA SILVA, 5 *Breves Notas sobre o Direito do Ambiente em Estado de Emergência*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Lisbon Law Review* (Número Temático: COVID-19 e o Direito), ano LXI, 2020, Nº. 1, 805-811; *Quelques Minutes sur le Droit de l'Environnement en État d'Urgence*, in *Démocratie, État de Droit et Droits Fondamentaux face à la Pandémie de COVID-19: Perspectives Croisées*, organizada pelo “UMR DICE – Droit International, Comparé, Européen” do “Institut Louis Favoreu” e pelas Universidades de Toulon, Marseille e Pau, <https://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/recherche/axe-3-democratie-etat-droit-droits-fondamentaux>; *Four Short Notes and a Poem on Portuguese Environmental Law in “State of Emergency”*, in *ELPIS v- Law Review*, nº. 1/2020; *10 to 15 Minutes on: The effect of the “corona virus” in Global, European and National Law*, <http://www.elpisnetwork.eu/elpis-v-law-review-no-1-2020/>

¹¹ Sobre o Direito dos Resíduos em Portugal: A. ARAGÃO, *Direito Administrativo dos Resíduos*, in: P. OTERO – P. GONÇALVES, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. I, Almedina, 2009,

Em primeiro lugar, a pandemia parece ter começado com um “animal fora do seu ambiente”, que vai contaminar o ser humano, trata-se de uma zoonose. A palavra “zoonose”, criada por Rudolf Virchow, (médico alemão, do séc. XIX), designa uma «doença de origem animal que se transmite ao homem», provém do grego antigo, da junção dos termos “zoion” (animal) e “nósos” (doença)¹². As zoonoses são hoje, em dia, uma realidade muito em voga, pois por detrás da última epidemia ou pandemia está sempre um qualquer “animalzinho revoltado”¹³: seja uma vaca “louca”, um pássaro “engripado”, um porco “febril”, um morcego com a “febre do ébola”, ou – como agora – um outro morcego ou um pangolim infetado, comercializado num mercado da cidade de Wuhan... E, por detrás de cada uma destas doenças, há sempre uma explicação dotada de uma componente de natureza ambiental.

Tal como nos casos anteriores, o vírus “corona” determina uma multiplicidade de explicações ambientais, que vão desde efabulações várias, quase sempre “mirabolantes” e excessivas, até a explicações mais prosaicas e realistas. Entre as primeiras, encontramos:

- explicações panteístas, de natureza holística, que falam da “vingança” da “deusa Gaia”, da “Pachamama” ou da “Terra-Mãe” por causa das “maldades” causadas pelo homem ao meio-ambiente¹⁴;

pp. 11 a 158; o *Princípio do Nível Elevado de Proteção e a Renovação Ecológica do Direito do Ambiente e dos Resíduos*, Almedina, Coimbra, 2006; *O Direito dos Resíduos*, Almedina, Coimbra, 2003; J. MIRANDA - R. CUNHA MARQUES - A. L. GUIMARÃES - M. KIRKBY (coord.), *Direito dos Resíduos* (e-book), ICJP, 2014, https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/curso_tecnico_4_abr2015.pdf.

No exterior: N. DE SADELEER, *Droit des Déchets de l'UE – De l'Élimination à l'Économie Circulaire*, Bruylant, Bruxelles, 2016; R. ROMI, *Droit et Administration de l'Environnement*, 6^a ed., Montchrestien / LGDJ, Paris, 2007, p. 571; KAHL - GÄRDITZ, *Umweltrecht*, 11^a ed., Beck, München, 2019, p. 464; SCHLAKE, *Umweltrecht*, 7^a ed., Nomos, 2019, p. 330.

¹² M. DURU / M. LEGROS / Y. RONTARD, *Zoonose (La Notion)*, in *Philosophie Magazine*, nº. 138, Avril, 2020, p. 14.

¹³ V. PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 72 s.

¹⁴ Esta “panteização” da natureza verifica-se também em certas constituições de hoje, em que «ao lado de disposições antropocêntricas, que colocam o homem no centro do desenvolvimento, surgem igualmente disposições relativas à própria Natureza, nomeadamente as referências à “Pachamama” ou à Terra-Mãe (“Terre Nourricière”) (Bolívia, Equador)», in «Grille – Constitution et Environnement», («XXXV Table Ronde Internationale, 6/7 Septembre 2019»). Vide «Annuaire de la Justice Constitutionnelle XXXV 2019», Economica / Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 2020.

- explicações que partem da unidade e identidade de todas as espécies, defendendo a necessidade de “modificar a nossa atitude perante as espécies não-humanas”, como forma de reconstruir a “harmonia da Natureza” (PETER SINGER¹⁵);

- conspirações geo-políticas, segundo as quais há laboratórios científicos a trabalhar na mistura de vírus animais com células humanas, de modo a “criar” e a “propagar” intencionalmente novos vírus, cada vez mais perigosos e resistentes, por razões de natureza ideológica e de hegemonia política¹⁶.

Mas há também explicações mais realistas e racionais, que partem do princípio de que, neste momento, não é ainda possível conhecer todas as causas da pandemia, mas que é muito provável que, entre as suas múltiplas causas, ela decorra de uma situação ambiental anómala, resultante do risco de excessos de agressão humana ao meio-ambiente, como as que se verificam em certos mercados, em que “convivem” pessoas com animais domésticos e selvagens, vivos e mortos, sem quaisquer cuidados de higiene. O que vem, mais uma vez, mostrar que há limites ambientais para o desenvolvimento económico e que é necessário encontrar novos paradigmas culturais para conseguir obter uma relação equilibrada entre o Homem e o meio-ambiente.

Primeiro, vejamos o caso (pelo menos “estranho”) do Despacho do Ministro do Ambiente e da Ação Climática, que determina que os resíduos urbanos tenham como destino normal a incineração ou a deposição em aterro sanitário (sem qualquer tratamento prévio), mas que manda continuar a aplicar a tal situação as taxas do (período homólogo do) ano anterior, que visavam incentivar as soluções mais ecológicas de gestão dos resíduos (Despacho n.º. 4024-B/2020, do Ministro do Ambiente e da Ação Climática, publicado no D.R. n.º. 65/2020, 2.º Suplemento, Série II, de 020-04-01).

Diga-se, por um lado, que a exigência de cuidados especiais com a gestão de resíduos tóxicos ou perigosos (mesmo que apenas potencialmente tóxicos ou perigosos), é totalmente correta e necessária em tempo de pandemia. Mas,

por outro lado, já custa mais a perceber onde é que está a racionalidade e a proporcionalidade da regra, segundo a qual: “em estado de emergência, todo o lixo tem de ir obrigatoriamente para incineração ou para o aterro sanitário”. E, muito menos ainda, se consegue entender como é que a deposição em aterro dos resíduos, sem qualquer tratamento, poderia contribuir para evitar a propagação da “corona” vírus.

Ainda pior: não se consegue entender como é que continuam a ser atribuídos os incentivos dados aos operadores, relativos à gestão dos resíduos (nomeadamente, aqueles que visam o respetivo reaproveitamento e reciclagem), na situação em que se passa a estabelecer que essa gestão “mais ecológica” dos resíduos fica suspensa. Ora, é totalmente incompreensível, que o retorno de “maus comportamentos ambientais” possa ser merecedor de benefícios económicos e de “incentivos ambientais”.

Em segundo lugar, é necessário considerar o caso da suspensão temporária da recolha seletiva porta-a-porta dos resíduos urbanos, em Lisboa. Nesta decisão autárquica, que se insere na mesma linha de orientação do despacho antes referido, a Câmara Municipal de Lisboa determinou a suspensão da recolha seletiva porta a porta dos resíduos recicláveis, passando apenas a ser recolhido o “lixo indiferenciado”, nos mesmos (e exatos) dias em que este já era antes recolhido. Mantendo-se, contudo, a recolha seletiva do lixo apenas nos denominados eco-pontos.

Isto significa: que passa a existir apenas a recolha indiferenciada dos resíduos domésticos e que há uma diminuição dos dias de recolha desses resíduos porta a porta. E isto é feito com fundamento na remissão para um Parecer da Agência Portuguesa para o Ambiente sobre a «Gestão de Resíduos em Situação de Pandemia por SARS-COV-2 (COVID-19), constante da Nota à Comunicação Social n.º. 19/2020 de 25 de março. Parecer este que é também mencionado na fundamentação do Despacho do Ministro do Ambiente, antes referido. Só que, tanto num caso como no outro, o parecer recomenda muito menos e algo bastante diferente do que aquilo que foi decidido em ambas as situações.

Na verdade, o Parecer recomenda cuidados especiais a tomar para lidar com resíduos potencialmente perigosos nos domicílios individuais, bem como nos alojamentos com elevada concentração de pessoas, portos e aeroportos, assim como também relativamente ao lixo tóxico (como o hospitalar). Mas o Parecer aconselha também que “a recolha seletiva seja mantida, evitando sobrecarregar os tratamentos de destino final incineração e aterro” - que é precisamente o contrário do que é feito nos dois casos que temos estado a analisar. Da mesma maneira como o Parecer desaconselha «que sejam realizadas alterações significativas nos dias de recolha de resíduos ou do modelo de recolha (porta-à-porta,

¹⁵ P. SINGER – P. CAVALIERI, *Une Opportunité de Modifier notre Attitude Envers les Espèces Non Humaines*, in *Philosophie Magazine*, n.º. 138, Avril, 2020, p. 22/23. Vide P. SINGER, *All Animals are Equal*, in *Philosophic Exchange*, 1976, vol. 5, n. 1, art. 6. (https://digitalcommons.brockport.edu/phil_ex/vol5/iss1/6); *Animal Liberation*, 2nd ed., Avon, New York, 1990; M. ENGEL JR. - K. JENNI, *The Philosophy of Animal Rights – A Brief Introduction for Students and Teachers*, Lantern Books, New York, 2010; F. ARAÚJO, *A Hora dos Direitos dos Animais*, Almedina, Coimbra, 2003; P. GALVÃO (ed.), *Os Animais têm Direitos? – Perspetivas e Argumentos*, Dinalivro, Lisboa, 2010.

¹⁶ U. GAUTHIER, *Chine – Les Labos de tous les Soupçons*, in *L’Obs*, n. 2896, 7/13 Mai 2020, pp. 32/34; G. FAHRION - M. GEBAUER - D. HIPPE - C. SHEUERMANN - C. SCHULT - W. WIEDDMANN-SCHMIDT, *Die Schuldfrage*, in *Der Spiegel*, nr. 20, 9.5.2020, pp.17-19.

contentor de proximidade)» de forma a evitar a «acumulação de resíduos nas ruas e consequentes problemas de saúde pública». Acrescentando ainda que «a eliminação da recolha seletiva porta-a-porta poderá implicar que os cidadãos façam uma maior deslocação para deposição dos seus resíduos [no eco-ponto], o que é desaconselhado face às medidas do estado de emergência».

Mais uma vez, deve ser questionada a questão da proporcionalidade da medida tomada pela Câmara Municipal de Lisboa. Pois, embora não seja questionado que as novas regras de coleta de lixo visam principalmente proteger os trabalhadores nos respectivos serviços - que, por sinal, devem ser protegidos pelo uso de equipamentos especiais para resíduos pandêmicos -; por outro lado, tais medidas não levam em conta os enormes riscos que representam para a saúde pública - como é sublinhado na opinião da Agência Portuguesa do Meio Ambiente.

Além disso, a suspensão (ainda que temporária) da coleta seletiva de resíduos domésticos é um "retrocesso ambiental civilizacional", que coloca em questão todos os esforços de educação ambiental para conscientizar sobre a necessidade de separar os resíduos, além de minar os objetivos que o Estado português se comprometeu a alcançar, a nível europeu e internacional, de um tratamento mais ambientalmente amigável aos resíduos (e até agora insuficientemente alcançados).

A terminar este nosso texto, pergunta-se o que sucedeu relativamente a estes dois casos. No que respeita à decisão autárquica, o desenvolvimento subsequente da situação de saúde em Portugal permitiu ao Município de Lisboa o retomar da coleta seletiva porta-a-porta de resíduos na capital do país, a partir de 1 de junho (de 2020). Quanto ao decreto do Ministro do Meio Ambiente sobre o lixo urbano, era suposto ter caducado com o fim do estado de emergência, mas há quem suspeite que possa vir a “sobreviver”, o que constituiria, uma vez mais, uma violação grave do princípio constitucional da proporcionalidade, para já não falar também da violação dos princípios constitucionais do desenvolvimento sustentável e do poluidor pagador. A ver vamos se os “traumas” da pandemia não se manifestam outra(s) vez(es), de uma forma patológica ou apenas dissimulada...

Esta crónica do ano de 2020 termina aqui, mas a história constitucional da pandemia continua, infelizmente, com “novos episódios”, mesmo se, neste momento, já temos várias vacinas contra a COVID-19 e estamos a assistir à vacinação intensiva da população. Mas isso é outra história... E (eventualmente) será também uma outra crónica...

I CONTEMPORANEI DEL FUTURO

Attualità di Carl Schmitt: un cattivo maestro e la sua ineludibile lezione*

di SALVATORE PRISCO

Nelle riunioni preparatorie della rivista il cui primo fascicolo è tra le mani del lettore - svolte ovviamente in questo periodo tutte da remoto, ma in un clima di crescente condivisione del progetto e di fattivo entusiasmo - su un punto in particolare i suoi promotori sono stati immediatamente concordi, ossia nel constatare che i giovani studiosi non sono spontaneamente portati, né vengono comunque invitati a farlo spesso da parte di chi li segue, a rileggere le opere dei Maestri: ovviamente (quando si sia consapevoli del problema) le si conoscono almeno *de relato* e a grandi linee, ma si evita perlopiù di problematizzarle con opportune riconsiderazioni e di attualizzarle. In altre parole, non si leggono più - o comunque non si analizzano con l'attenzione dovuta - i "classici".

Il rilievo non vale beninteso per gli storici del diritto, né per i filosofi che riflettono su di esso, per i quali tale operazione è costitutiva del loro stesso DNA¹, ma per molti fra quanti fanno ricerca in discipline giuspositive.

Nell'epoca in cui tutto è (solo) presente e la vita è investita da mutamenti accelerati rispetto al modo di condurla in epoche precedenti, meditare sulle voci che vengono dal passato in ordine a una certa questione, attraverso opere fondative per la formazione scientifica e per il nutrimento del pensiero, è evidentemente considerato dai più una perdita di tempo e citarle al massimo un orpello, il cui recupero - se pure venga talora compiuto - avviene perlopiù frettolosamente e solo in pigro ossequio a una tradizione che sovente (ecco il pensiero implicito, non dichiarato e magari nemmeno formulato per se stessi con lucidità) si ritiene però esaurita e dunque non più in grado di orientare la conoscenza utile al proprio tempo e agli sviluppi futuri.

Gli antichi volumi possono dunque ben essere lasciati invecchiare sugli scaffali alti delle librerie in cui si collocano i libri di assai sporadica consultazione, quelli che non vengono letti con frequenza e nella loro interezza, tanto qualche

citazione scolastica o di mera coloritura *ad hoc* della pagina può essere sempre rinvenuta all'occorrenza con un *clic* su un *file* memorizzato in un *computer*.

Si tratta di una visione all'evidenza miope, che sopravvaluta il diritto come tecnica e lo sottovaluta come inesauribile storia, in cui il passato si ricongiunge al presente e così non si esaurisce mai del tutto, ripresentandosi naturalmente mai identico a come era apparso la prima volta e dunque sempre da ri-conoscere e da contestualizzare.

Com'è ovvio, la rilettura che di esso bisogna proporsene deve infatti essere critica, non apologetica: molti fra quanti ci hanno lasciato documentazione del loro transito nel mondo si immaginavano verosimilmente, nel rapporto con la posterità, già come i futuri loro busti marmorei ai giardinetti, ma nell'interrogarli è opportuno restare al riparo dalla retorica, adottando ad esempio l'intelligente e demitizzante cifra ironica di Giuseppe Cambiano² e della stessa studiosa sopra ricordata, ad esempio spiandone i dubbi e le perplessità di fronte alla fatica della ricerca, meditando così sulle loro false partenze ed evitando con cura le strade che le esplorazioni all'epoca intraprese mostrarono ostruite: una consolazione per noi, incerti di oggi alla ricerca di lumi, visto che - se anche loro si imbattevano in simili difficoltà - allora i sensi di colpa che ci derivano dal constatare le nostre debolezze e mancanze finiscono col risultarne attenuati.

Chi scrive ha fatto ancora di recente esperienza di questa necessità di confronto. Un libro da poco uscito e già giustamente fortunato di Giuseppe Guizzi, valoroso giuscommercialista, è dedicato a *Il caso Balzac*³. L'autore vi ripercorre con finezza analitica e profonda sensibilità letteraria la storia del diritto commerciale nell'epoca e nel Paese del trionfo borghese successivo alla Rivoluzione, appunto attraverso la *Comédie humaine*. L'ultima parte si interroga infine su continuità e discontinuità delle soluzioni normative nel campo, consentendo di apprezzare la lucidità e visionarietà dello sguardo del romanziere nel cogliere esigenze permanenti della materia e nel segnalare il carattere contingente di altre istanze regolative.

A Cava de' Tirreni, la locale *Lectura Dantis metelliana* ha promosso, per i settecento anni dalla scomparsa del Poeta, una singolare celebrazione, chiedendo a più di cento docenti di tutto il mondo di commentare ciascuno - senza necessariamente vincoli filologici, dei quali pochi tra loro avevano del resto il possesso professionale - qualche terzina dantesca. Ne è nato un libro a più voci, *Citar Dante. Espressioni dantesche per l'italiano di oggi*⁴, a cura di Irene Chirico,

*Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Si veda l'opportuno riepilogo di queste buone ragioni inventariato con acribia critica da G. M. LABRIOLA, *Perché leggere i classici*, in *Diacronia*, 2/2019, pp. 19 ss.

² *Perché leggere i classici. Interpretazione e scrittura*, Bologna, 2010.

³ Bologna, 2020.

⁴ Atene, 2020.

Paolo Dainotti e Marco Galdi. Io stesso l'ho fatto, scegliendo di dedicare rapide riflessioni a quei versi in cui viene appunto riconosciuta con animo grato dai discepoli la funzione dei mentori: Brunetto Latini e Virgilio rispetto al fiorentino, Stazio quanto al secondo.

Nel rispetto dell'intento sopra enunciato, ogni numero della rivista presenterà pertanto una sintetica, ma non semplicemente espositiva, scheda di "recensione attualizzante" di un testo storicamente significativo per il diritto pubblico, o più d'una, da parte di un lettore odierno.

A questo segmento di ciascun fascicolo abbiamo voluto dare il titolo complessivo (essendoci parso ormai abusato quello del volume della pur illuminante riflessione di Italo Calvino presente ai colleghi prima richiamati nello scrivere i loro contributi) di un bel libro ugualmente in tema di Giuseppe Pontiggia.

Antonio Gusmai e io apriamo dunque le danze, ricordando due opere di Maestri che si scontrarono dialetticamente nel crogiuolo di un'esperienza ineludibile per la nostra contemporaneità, che vide l'espressione di tante eminenti dottrine costituzionalistiche e amministrativistiche, oltre che politologiche e di sociologia politica, ossia lo sfortunato "laboratorio Weimar".

Come ha scritto Biagio De Giovanni⁵: "i due personaggi sembrano non poter fare a meno l'uno dell'altro, dopo essersi combattuti, si potrebbe dire all'ultimo sangue per una vita, attraversando le grandi battaglie del Novecento, stabilmente, motivatamente, su fronti opposti sia ideali, sia politici, sia strettamente logici (...)". È la nostra epoca che ai miei occhi, s'intende, si accorge della necessità di pensarli e amarli insieme"

* * *

Nato il 5 aprile del 1888 - esattamente tre secoli dopo Thomas Hobbes, suo grande e da lui emulato punto di riferimento, come va segnalato a chi ama gli scherzi del caso e le coincidenze - a Plettenberg, cittadina del Nordreno - Westfalia e qui scomparso quasi centenario, dopo una vita intensamente produttiva e altrettanto controversa, Carl Schmitt percorse in un secolo "salite ardue e una rovinosa discesa", per dirla adattando - e invertendo però la sequenza temporale delle azioni, in ragione degli eventi che lo riguardarono - il verso di una nota canzone italiana.

Se ne ripercorreranno ora sinteticamente alcuni dati biografici, necessariamente intrecciati con l'elaborazione scientifica, perché, se in tutti gli scrittori i due piani ovviamente si intersecano, in lui (che ha sempre richiamato a non perdere mai di vista la concretezza del diritto che vive e per come si applica, piuttosto che la sua mera forma astratta) esperienza personale e radicamento dell'elemento giuridico nelle sue condizioni di pratica esistenziale sono proprio inscindibili.

Per facilitare l'incontro con l'autore di chi non lo conoscesse ancora, si è di seguito richiamata solo la letteratura primaria (le sue opere) o secondaria (quelle su di lui) disponibile in lingua italiana, ossia - nel caso - tradotta.

Ebbe in sorte di assistere alla fase finale dell'impero guglielmino dopo la prima guerra mondiale e di partecipare da destra alle battaglie intellettuali della luminosa - ma anche tragica - meteora della Repubblica di Weimar⁷.

Fu infatti vicino alla cerchia del cancelliere Franz von Papen, al suo ministro Johannes Popitz (che finirà giustiziato sul finire della guerra per la partecipazione all' "Operazione Valchiria", l'attentato al capo del nazismo organizzato da Claus von Stauffenberg, a quanto pare senza che Schmitt avesse avuto sentore della sua attività resistenziale) e poi anche all'ultimo capo del governo prima di Adolf Hitler, il manovriero generale Kurt von Schleicher, assassinato durante il *putsch* interno al movimento nazista culminato nella "notte dei lunghi coltelli" del 30 giugno/ 2 luglio 1934, che portò alla decapitazione delle SA, con numerosi omicidi tanto dei loro aderenti, quanto di vari altri dissenzienti politici, oppositori del nuovo potere in ascesa o comunque non allineati con esso.

Quando il Presidente Hindenburg era stato sollecitato proprio da von Papen a ricorrere all'art. 48 della Costituzione per commissariare il governo prussiano, che dal suo canto aveva avanzato un ricorso contro l'assunta lesione delle proprie competenze, era stato proprio Schmitt a comporre il collegio difensivo del *Reich* davanti alla Corte Suprema, assieme a Carl Bilfinger e a Erwin Jacobi, professore a Lipsia che fu poi epurato in forza dei provvedimenti antisemiti e che col collega renano aveva anche già pubblicato un volumetto che raccoglieva i testi dei rispettivi interventi al Convegno dei docenti tedeschi di diritto pubblico di Jena del 14 - 15 aprile 1924.

Nondimeno, il nostro si iscrisse poi al partito nazionalsocialista nel 1933, dopo i giorni cruciali del *Decreto per la tutela del popolo e dello Stato* (*Verordnung*

⁵ In *Kelsen e Schmitt oltre i confini del Novecento*, Napoli, 2018, p.16.

⁶ Sui punti di contatto, nella ricerca di una fondazione del 'politico' - pur diversa per ciascuno dei due - si veda anche U. POMARICI, *Disavventure della democrazia. Carl Schmitt fra Scilla e Cariddi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2012, pp. 219 ss., nota 6.

⁷ Per panorami puntuali si leggano almeno S. BREUER, *La rivoluzione conservatrice. Il pensiero di Destra nella Germania di Weimar*, trad. it., Roma, 1995; M. LA TORRE, *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Bari, 2006; *Vivere in tempi di crisi. La Repubblica di Weimar: arte, politica, filosofia*, a cura di M. PONZI, G. GUERRA, D. PADULAROSA, Milano - Udine, 2019.

des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat) del 29 Febbraio 1933, emanato all'indomani dell'incendio del *Reichstag* e della *legge dei pieni poteri* al cancelliere Hitler (*Ermächtigungsgesetz*) del 24 marzo. Un anno dopo avviene la sanguinosa resa dei conti interna al NSDAP che si è sopra riferita, fra l'anima del partito ormai istituzionalizzata, col cancellierato di un Hitler venuto a patti con la grande industria del Paese e quella radicale di Röhm e Stasser, non dimentica degli iniziali propositi di rivoluzione - beninteso pur sempre da destra - secondo una dinamica di rottura che del resto si ripete puntualmente in ogni movimento populista che miri al plusvalore politico guadagnatogli dall'accesso alla "stanza dei bottoni", una volta che questo obbiettivo sia stato raggiunto: i "puri" si scindono.

Schmitt, divenuto nel frattempo presidente dell'associazione dei giuristi nazionalsocialisti, pubblica il 1° agosto 1934 sulla *Deutsche Juristen - Zeitung* - che da poco tempo dirigeva - *Il Führer protegge il diritto*⁸, commentando adesivamente il discorso del 13 luglio di Hitler al *Reichstag* che giustificava la "notte dei lunghi coltelli" e la successiva *legge sui provvedimenti per la difesa dello Stato* (*Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr*) del 3 luglio⁹.

Il sintetico testo sviluppa senza la consueta brillantezza, ma con coerenza applicata alla circostanza (e con ansia da autolegittimazione agli occhi degli alti gerarchi di un partito proprio perché l'autore approdava su questa sponda provenendo dalla ricordata strettissima contiguità ai conservatori weimariani, come si è detto liquidati con altri nella terribile purga), premesse teoriche che aveva da tempo elaborato e sulle quali si tornerà, per chiarirne meglio il senso: il capo è tale perché fondatore dell'ordine politico e assieme giudice supremo della sua legittimità, l'atto politico insindacabile, la divisione e il reciproco controllo dei poteri tipici di uno Stato di diritto liberale non possono esistere nel modello costituzionale tedesco di quel momento storico.

La base concettuale e argomentativa per enunciare questi assunti era in effetti già tutta presente in *Teologia politica. Quattro capitoli sulla teoria della sovranità* (*Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*), un saggio del 1922, la cui traduzione italiana si farà attendere per molti anni, uscendo

nell'antologia *Le categorie del 'politico'*, curata da Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera¹⁰, con il folgorante e notissimo *incipit* "Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione", nel senso che decisore supremo è nello Stato appunto chi ha il potere di individuare quando tale situazione ricorra effettivamente e poi di assumere le misure per gestirlo e superarlo.

Del 1927 è l'altrettanto fondamentale, in quest'ottica, *Il concetto di "politico"* (*Der Begriff des Politischen*, rivisto nel 1932 e ancora l'anno dopo), che individua la natura essenziale di esso nell'irriducibile coppia agonale amico/ nemico.

Già alla fine del 1936, peraltro, a causa dell'ostilità manifestatagli dagli ambienti vicini alle SS, ossia ad un esplicito attacco sulla loro rivista *Das Schwarze Korps*, egli si ritrovò privo di incarichi politici, ma la precedente visibilità e il ruolo attivo e a tratti troppo apertamente zelante, che per un triennio aveva ricoperto affiancando il regime, gli procurarono nel dopoguerra una lunga prigionia da parte statunitense, all'esito della quale evitò solo di un soffio il processo dei vincitori¹¹.

Pagò tuttavia il prezzo assai esoso della privazione a vita della cattedra, dopo avere insegnato in diverse università e da ultimo a Berlino: una pena che in fondo era un contrappasso, giacché qui, nell'*Handelshochschule* - un'istituzione non statale, finanziata dai commercianti - era stato successore del vero padre della Costituzione weimariana, il cui testo era nato appunto da due suoi successivi progetti, uno studioso e un politico che venne all'epoca screditato in ambienti del regime, dopo la morte nel 1925, perché ebreo e di orientamento liberale, col quale Schmitt aveva regolato i conti fin da una conferenza a Tubinga del 1930¹².

Altri docenti di grande nome e fama se la cavarono invece meglio. Il coetaneo Martin Heidegger, ad esempio, che al partito si era iscritto solo un mese prima di lui, nell'aprile 1933 e ne era stato premiato subito col rettorato a Friburgo, peraltro di brevissima durata, nel dopoguerra - dopo una procedura di epurazione - era stato riammesso all'insegnamento ed anche nominato emerito nel 1951. Si rimproverò in sostanza a Schmitt un maggiore coinvolgimento, l'aver prestato le risorse del suo prestigio intellettuale e delle sue conoscenze tecniche alla politica espansionistica tedesca.

⁸ In *Posizioni e concetti. In lotta con Weimar - Ginevra - Versailles 1923-1939*, trad. it. a cura di A. CARACCILO, Milano, 2007, pp. 327 ss.; in originale *Der Führer schützt das Recht*, in *Positionen und Begriffe. Im Kampf mit Weimar - Genf - Versailles 1923 - 1939*, ult. ed., Berlin, 2014, p. 227.

⁹ Un'attenta ricostruzione degli eventi storici e dei dibattiti di questa fase in F. D'ANIELLO, *Il caso Röhm tra Rechtsvakuum e nuovo assetto costituzionale: una discussione nella scienza giuridica tedesca nei primi anni del dominio nazionalsocialista*, in *Giornale di Storia costituzionale*, 23/2012, pp. 157 ss. e, specificamente, in F. RUSCHI, *Carl Schmitt e il nazismo: ascesa e caduta del Kronjurist*, in *Jura Gentium*, XII/2012, pp. 119 ss.)

¹⁰ Bologna, 1972, pp. 33 ss.

¹¹ Si leggano M. DARCHINI, *Carl Schmitt a Norimberga*, in *Storica*, 25 - 26/2003, pp. 329 ss.; M. SURDI, *All'origine della giustizia. Una nota su Carl Schmitt a Norimberga*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, 7/2004, pp. 233 ss.

¹² Hugo Preuss. *Il suo concetto di Stato e la sua posizione nella dottrina tedesca dello Stato*, da noi in *Democrazia e liberalismo*, a cura di M. ALESSIO, Milano, 2001, pp. 87 ss., in originale *Hugo Preuß. Sein Staatsverständnis und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*.

Resta il fatto che egli vantava un pensiero già maturo quando aveva aderito al nuovo corso, tant'è che alcuni¹³ rilevano come la sua scelta non riesca a nascondere un intento essenzialmente opportunistico, rinvenendo peraltro una base di convinzioni precedenti compatibile con quest'ultimo passo nel cattolicesimo tradizionale assorbito in famiglia e da lui nutrito in chiave reazionaria attraverso lo studio di pensatori come Donoso Cortés, Bonald, de Maistre, nell'antisemitismo in esso diffuso e nell'antibolscevismo¹⁴.

Tutta la sua opera è stata il tentativo di spiegare *la crisi dello jus publicum europaeum* (come recita il titolo del bel volume di Pier Paolo Portinaro che reca appunto come sottotitolo *Saggio su Carl Schmitt*, Milano, 1982), il cui ordine stabilito nella pace di Vestfalia egli vede franare per la crisi dell'autorità, con il conseguente progredire della secolarizzazione e, nell'età di Weimar, dell'occultamento del conflitto politico e dell'illusione di risolverlo neutralizzandolo e parlamentarizzandolo, fino alla parcellizzazione dell'unità statale provocata dall'esplosione del pluralismo, coi contrasti tra i partiti e l'insostenibile scontro degli estremismi, per la debolezza del *Zentrum* e per l'inesistenza di un soggetto socio-politico egemon¹⁵.

¹³ Come G. SCHWAB, *La sfida dell'eccezione*, trad. it., Roma - Bari, 1986 e F. VALENTINI, *Carl Schmitt o dell'iperpolitico*, introduzione a *La Dittatura* - di cui si dirà oltre - trad. it., Roma - Bari, 1975.

¹⁴ V. DI PORTO, *Il «banchetto del Leviatano»: l'antisemitismo in Carl Schmitt*, in *La Rassegna mensile di Israel*, 1/1989, pp. 27 ss.; ma si veda oltre per attenuare sotto un certo aspetto questo profilo. Sulla questione dell'opportunismo schmittiano nell'accostarsi al nazismo e sulle deboli giustificazioni dell'interessato, che si dipinge come un toro nell'arena, disorientato dall'improvvisa luce dopo essere stato tenuto al buio e alla fame per un certo tempo prima del combattimento fatale e in sostanza come un tecnico non partecipe delle decisioni hitleriane, nonché più in generale sulla sua filosofia politica, è di grande interesse un'intervista radiofonica, poi divenuta un libro, *Imperium*, conversazioni con Klaus Figge e Dieter Groh, trad. it., Macerata, 1971. Il volumetto ha avuto in Italia molti recensori e in particolare assai lucida ne è la lettura critica di R. ESPOSITO, «Così scelsi il Terzo Reich». *Le confessioni di Carl Schmitt*, in *Repubblica*, 15 giugno 2015.

¹⁵ A prescindere dalle opere propriamente storiografiche, di cui si cita qui solo la più recente, anche perché è possibile reperirvi la rivisitazione del dibattito e la bibliografia notevole pregressa - ossia G. CORNI, *Weimar. La Germania dal 1918 al 1933*, Roma, 2020 - tra i contributi costituzionalistici italiani in tema resta fondamentale lo studio di un autore sintonico con Schmitt, come C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, originariamente edito a Firenze, 1946 e ripubblicato a Milano, 2019, con un saggio introduttivo di M. FIORAVANTI, *Mortati a Weimar*; di recente, si leggano almeno T. E. FROSINI, *Costituzione e sovranità nella dottrina della Germania di Weimar*, ne *Il Politico*, 1/1996, pp. 95 ss.; C. SBAILÒ, *Weimar. Un laboratorio per il costituzionalismo europeo. Scienza giuridica e crisi dei valori occidentali*, Troina (Enna), 2007; P. RIDOLA, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come «esperienza» e come «paradigma»*, in *Rivista dell'AiC*, 2/2014; A. CARRINO, *Weimar. Critica di una Costituzione. Diritti, politica e filosofia tra individuo e comunità*, Milano - Udine, 2021 e inoltre il *Dossier su La Constitución de Weimar en su centenario (1919 - 2019)* e ivi F. LANCHESTER, *L'Italia, la Germania e l'incubo di Weimar*, in *Historia Constitucional*, 20, 2019, pp. 415 ss.

I suoi interessi scientifici mossero dal diritto penale e dalla teoria generale, per attestarsi nelle opere della maturità attorno al diritto costituzionale, letto peraltro sempre con forte sensibilità politologica e giusfilosofica infine virare, dopo la perdita della cattedra, verso il diritto internazionale e la geopolitica, anche se la premessa di tale svolta è nel ricordato *Il concetto di «politico»* che già rompe, specialmente nell'ultima edizione, il confinamento della nozione alla sola dimensione statale, anche se questa direzione di indagine era comunque già presente in altri saggi giovanili. Va peraltro ricordato che egli rivendicò con nettezza, in una tarda intervista a Fulco Lanchester¹⁶, di essersi sempre sentito unicamente un giurista.

Come rileva Antonino Scalone¹⁷, *Il valore dello Stato e il significato dell'individuo* (*Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*), opera giovanile, mostra il punto di minimo distacco e quasi di prossimità nei confronti del neo-kantismo e dunque da Kelsen, laddove diritto e fatto vengono nettamente tenuti distinti e si osserva che, se il primo non diriga fermamente il secondo, nemmeno può dirsi esistere come tale¹⁸.

Già quella che immediatamente la segue, *Legge e giudizio. Uno studio sulla prassi giudiziale* (*Gesetz und Urteil: eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, 1912), sancisce peraltro con sicurezza un allontanamento da siffatta impostazione e dunque dalla rotta del giuspositivismo, come nota con raffinati svolgimenti anche Antonio Punzi¹⁹. Emanuele Castrucci, nell'introdurre la traduzione italiana²⁰, rileva opportunamente dal suo canto come già in questo momento emerga il tema, cruciale per l'autore, della decisione come cesura, nel caso specifico circoscritta tuttavia a definire un processo. Nel concreto rapporto processuale - come egli sostiene nello studio, che risale al primo decennio del Novecento - tra legge e giudizio quanto in sostanza conta è insomma il renderlo e per giungervi il giudice deve compiere un salto oltre la testualità, ove la lettera della disposizione sia lacunosa. Il rischio di cadere nel «diritto libero» peraltro si minimizza, se la decisione del giudice è la medesima che avrebbe potuto assumere qualunque altro suo collega, ma certo egli non è «un automa che sussume»²¹.

¹⁶ *Un giurista di fronte a se stesso*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/1983, ora nel volume dallo stesso titolo, a cura di G. AGAMBEN, Vicenza, 1982, pp. 151 ss.

¹⁷ In *Percorsi schmittiani. Studi di storia costituzionale*, Milano - Udine, 2020, pp. 15 ss.

¹⁸ Va peraltro segnalata anche la contraria valutazione di C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 1996, pp. 313 ss., che ascrive anche questo lavoro all'antipositivismo dell'autore.

¹⁹ *L'insostenibile pluralità della giurisprudenza. Il giovane Schmitt e la certezza del diritto*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1/2018, pp. 27 ss.

²⁰ Milano, 2016, pp. V ss.

²¹ Sul senso di questo scritto nel pensiero schmittiano, si veda altresì M. FIORAVANTI, *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, in *Historia Constitucional*, 12, 2011, pp. 21 ss. e spec. p. 25

Questo è dunque anche il momento del distacco dal rigoroso rispetto, che la scienza penalistica pretende ancora oggi, del principio di tipicità della fattispecie incriminatrice²², il che costituisce un terreno di incontro ermeneutico tra il giovane Schmitt e la riflessione che poi sarà del Gadamer maturo: i due personaggi resteranno teoricamente e anche nei freddi rapporti personali su fronti sempre lontani, come documenta un'intervista al secondo alla vigilia dei suoi cent'anni²³, ma sono avvicinabili, pur lungo percorsi diversi, nella critica al giuridismo positivista classico, in nome di un intenso - e sia pur diversamente accentuato - storicismo²⁴.

Sarà soltanto diversi anni più tardi, nel già citato saggio del 1922 e in termini teorico-generalisti ancora dopo, che la decisione - la cui funzione non è ormai più indagata solamente all'interno del giudizio processuale - diverrà, come si è detto in precedenza, la manifestazione di sovranità necessaria a fronteggiare il vuoto normativo che si apre in una situazione eccezionale, un equivalente secolarizzato del fenomeno religiosamente identificabile come miracolo e l'indicatore per individuare in chi l'assume colui che detiene effettivamente il comando supremo e poi, ne *I tre tipi di pensiero giuridico*²⁵, una categoria emblemizzata a caratterizzare un modo specifico di pensare il diritto, quello appunto centrato sul primato dell'ordine che nasce dalla circostanza concreta e di chi può definirlo in ultima analisi.

È stato dunque l'articolarsi di un pensiero costruito nei termini fin qui sinteticamente riepilogati, progressivamente arricchito e raffinato attorno a questo nucleo di realismo incandescente, a procurargli anche le disgrazie postbelliche (dopo l'emarginazione in seno al nazionalsocialismo), che stanno dietro alla rimeditazione contenuta in *Ex captivitate salus*, libretto del 1950 riferito alle "esperienze degli anni 1945/1947", come recita il sottotitolo.

Qui egli si identifica nel personaggio del racconto melvilliano don Benito Cereno, capitano afasico - e dissimulatore, cifra essenziale dell'atteggiamento difensivo da lui assunto nella circostanza - di una nave sulla quale è tenuto

prigioniero dal suo carico umano, una ciurma di schiavi neri ammutinati che vogliono tornare in Africa: metafora narrativa che è l'occasione per ritornare sul tema centrale della sua vita, ossia la dissoluzione dell'ordine tramandato del diritto pubblico europeo e della quale era stato testimone e attore - tra gli altri, ma non così decisivo come avrebbe preteso e come gli viene ancora oggi da molti addebitato - e l'apertura della nuova storia dei "grandi spazi" del *Nomos della Terra*²⁶, lucida antiveggenza della globalizzazione²⁷.

* * *

La Dittatura: dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria (Die Diktatur: von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf) esce nel 1921 e, in un mondo che fa cultura di massa procedendo per anniversari, la circostanza basterebbe a giustificarne la segnalazione qui, benché - come si vedrà - questo non sia il motivo più forte per farlo.

In italiano ne sono disponibili due edizioni: una del 1975 (Roma - Bari), con l'introduzione di Francesco Valentini, già sopra richiamata e un'altra più ricca (Roma, 2006), a cura di Antonio Caracciolo, che comprende in una prima appendice anche il testo schmittiano *La dittatura del Presidente del Reich secondo l'art. 48 della Costituzione di Weimar*, egualmente ricordato in precedenza, della relazione a Jena del 1924 e in una ulteriore la voce *Dittatura*, scritta nel 1926 per lo *Staatslexikon* della Görres-Gesellschaft²⁸.

²⁶ *Der Nomos der Erde*, in *Volkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Köln, 1950.

²⁷ Sugli aspetti appena richiamati possono leggersi alcuni acuti lavori recenti, ossia V. ANTONIO, *Al crepuscolo della statualità: Carl Schmitt e lo spettro di Benito Cereno*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1/2018, pp. 53 ss.; F. LIJOI, *La «moralità» del politico. Leo Strauss interprete di Carl Schmitt*, in *Iride*, 1/2018, pp. 13 ss., specificamente quanto alla dissimulazione, rispetto alla quale va notato innanzitutto che Schmitt e l'ebreo Leo Strauss, teorizzatore e praticante di questo atteggiamento intellettuale, si frequentarono per molti anni, uniti dal comune interesse per Hobbes, mentre non conosco abbastanza la sterminata produzione dell'autore per dire se sia in essa documentata anche una sua conoscenza del trattato *Della dissimulazione onesta* dell'umanista italiano seicentesco Torquato Accetto, benché sia comunque noto che Schmitt leggeva la nostra lingua; sempre sulla importanza di mantenere tale atteggiamento prudenziale di fronte a uno Stato totalitario, che il nostro personaggio osservò anche durante la sua prigionia, è infine molto penetrante C. PONTORIERI, *Occultus propter metum: esoterismo ed essoterismo nella riflessione di Carl Schmitt sullo Stato, 1938-1948*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, 36/2018, pp. 511 ss.; F. RUSCHI, *A settant'anni dal Nomos della Terra. Riflessioni sulla filosofia del diritto internazionale di Carl Schmitt*, in *Diritto@Storia*, 17/2019, pp. 4 ss.

²⁸ Sul tema della prima appendice si legga R. GRAZZI, *L'emergenza costituzionale nel modello weimariano: origini e lascito concettuale*, in *La rappresentanza in questione*, Napoli, 2016, pp. 35 ss.

s., che sottolinea come il giudice possa dunque decidere - sotto la descritta riserva - anche contro l'ordine costituzionale preesistente.

²² Esaminano da ultimo i profili attuali di questa problematica A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020 e V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020.

²³ A. GNOLI e F. VOLPI, *Hans Georg Gadamer /Vi racconto questo secolo aggrappato al Titanic*, in *Repubblica*, 2 settembre 1999.

²⁴ Sulla posizione del secondo, si legga ora per tutti P. MOLINATTO, *Ermeneutica e interpretazione giuridica in Gadamer. Breve ricognizione di un "double bind"*, in *Ragion pratica*, 2/2008, pp. 505 ss.

²⁵ *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, in *Schriften der Akademie für Deutsches Recht*, Hamburg 1934.

Come è stato opportunamente segnalato²⁹, già nel 1917 Schmitt aveva avuto modo di studiare le caratteristiche dello stato di assedio e di differenziarlo dalla dittatura propriamente detta, sulla base di studi condotti nel biennio precedente e utilizzati per ottenere l'abilitazione all'insegnamento³⁰.

Le vicende giuridiche degli stati d'assedio venivano qui ripercorse nella storia costituzionale francese, sicuramente paradigmatica delle legislazioni di emergenza dell'Ottocento europeo e poi nella recezione tedesca³¹, dimodoché si può dire che la soluzione weimariana dell'art. 48 trova in quelle un terreno già arato quando costituzionalizza l'istituto e che, di ritorno, l'esperienza francese della Costituzione della V Repubblica se ne riappropria all'art. 16, circondandone peraltro la riutilizzazione di garanzie opportune per la lezione ricevuta fruttando dalla Storia, in ordine al suo abuso applicativo.

Schmitt riprende l'analisi già svolta nei due ultimi capitoli (il V e il VI) del nuovo studio, che si configura propriamente come un momento intermedio della sua costruzione teorica della centralità del valore della decisione - qui però *politica* e non solo *giudiziaria*, come invece nel 1912, a proposito del salto richiesto al giudice rispetto alla lacuna testuale di un atto normativo di fronte all'esigenza di disciplinare un caso - intesa quale capacità di esprimere la soluzione necessaria in un momento e di fronte ad un evento di portata eccezionale che regola preconstituita non ha, idea che si fa chiara in lui successivamente e culmina, come si diceva in precedenza, nella *Teologia politica*.

Com'è stato ben scritto: "A conclusione del saggio del 1916 Schmitt si concede una trascrizione in termini hegeliani del proprio pensiero. Richiamandosi alla dialettica di posizione-negazione-superamento (...) l'unità del potere dello Stato rappresenta il punto di partenza della vicenda della modernità politica (assolutismo); il principio della separazione dei poteri costituisce il momento della negazione di quell'unità, ovvero dell'alienazione della sovranità (liberalismo); la dittatura, con la concretezza delle sue misure

d'emergenza, è la negazione della negazione e rende possibile la ricostituzione della sovranità (rivoluzione democratica)" ³².

Nel saggio ora in esame l'autore approfondisce dunque ulteriormente il suo pensiero. Si confronta specialmente con Machiavelli, Bodin, Hobbes, Rousseau, Sieyès e più precisamente muove da Roma al Rinascimento, per passare alla costruzione francese dell'assolutismo e alla Rivoluzione, esaminare quindi il fenomeno nell'Ottocento e, infine, quanto al Novecento, per guardare (nella seconda edizione, del 1928) all'art. 48 della Costituzione weimariana, che avrebbe potuto fondare - come egli (pre)vedeva possibile - anche ed appunto la dittatura del Presidente del *Reich*, ma per ottenere la salvezza dello Stato nello scontro coi suoi nemici e finire a quella del proletariato, che emergeva allora in Unione Sovietica, proprio negli anni di questa riflessione. Va segnalato in proposito che per un singolare paradosso - date le posizioni già allora chiare dell'autore - una traduzione del libro in italiano era stata approntata nel 1922, ossia nell'anno della "marcia su Roma", su interessamento di ambienti socialisti, ma la stampa ne andò perduta nell'incendio fascista della tipografia milanese dell'*Avanti!*³³

Il saggio descrive due modelli dell'istituto, di cui egli ritrova radici ed esperienze concrete appunto a partire dalla storia costituzionale romana: la dittatura commissaria, ricorrente nella sua fase più antica, *ad servandam Rem Publicam*, in cui il potere ordinario di governo è di fronte all'emergenza sospeso e quella plebiscitaria appunto sovrana.

La prima fu - nell'epoca fatta oggetto di osservazione allo scopo di delinearne i caratteri - una magistratura straordinaria, attivata peraltro *secundum ordinem*, ossia prevista dall'ordinamento, di durata temporanea, avente carattere strettamente esecutivo e dunque priva di potere legislativo, il cui esercizio era affidato a soggetti che ricevevano ed eseguivano il mandato di ripristinare l'ordine preesistente, turbato dall'emergere di uno specifico problema (la relativa "missione" aveva cioè contenuto polifunzionale), tenuti ad agire nel rispetto dei limiti di esso e a rimettere l'incarico a chi l'aveva conferito una volta ottenuto l'obiettivo (e perciò anche prima del termine accordato, se lo scopo fosse stato raggiunto in anticipo). La seconda si connotò invece per il fatto che il suo esercizio mirò ad instaurare un nuovo ordine, fu perciò letteralmente *contra ordinem*, innovativa rispetto al precedente equilibrio dei poteri, giudicato irrecuperabile.

³² C. BOCCHINI, *op. cit.*, p. 220

³³ La notizia è desumibile da C. GALLI, *Carl Schmitt nella cultura italiana 1924-1978. Storia, bilancio, prospettive di una presenza problematica*, in *Storicamente*, 2010, rassegna preziosa per documentare la recezione schmittiana in Italia, tanto a destra quanto a sinistra, in nome della comune critica all'atlantismo e al capitalismo privato.

²⁹ Ad esempio da C. BOCCHINI, *La teoria schmittiana della democrazia. Il pensiero politico e la teoria costituzionale di Carl Schmitt nel contesto dell'interpretazione delle costituzioni moderne dall'età della Rivoluzione francese alla Repubblica di Weimar*, tesi di dottorato, Università di Padova, 2008, inedita a stampa, ma reperibile *ad nomen auctoris* sul web, pp. 215 ss. e da E. CALOGERO SFERRAZZA PAPA, *Democrazia sive dittatura: Rousseau e il giovane Carl Schmitt 1917 - 1923*, in *Etica & Politica*, 1/2021, 1, pp. 633 ss.

³⁰ *Diktatur und Belagerungszustand. Eine staatsrechtliche Studie*, nella raccolta *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin, 1995, pp. 3 ss., tradotta in italiano sotto il titolo *Stato, grande spazio, Nomos*, Milano 2015, ma senza tale saggio.

³¹ Per gli eventi transalpini si veda in particolare C. CASSINA, *La regola nell'eccezione. Considerazioni sul caso francese*, in *La rappresentanza in questione*, cit., pp. 17 ss.

In altri e ancora più chiari termini, la prima era espressione del potere (ancora) costituito, funzione perciò conservatrice e ripristinatrice, pur se l'elastico poteva tendersi al massimo della tensione, ma senza giungere al punto di rottura, mentre nella seconda si manifestò un potere costituente, svincolato dai limiti imposti alla prima, innovatore per definizione, che incominciò a manifestarsi da Silla in poi e fu presente anche nell'esperienza di Cesare³⁴.

Dando nuovamente la parola all'autrice già più volte richiamata, che in forma sintetica lo dice benissimo, possiamo affermare che: "in Schmitt democrazia e dittatura sovrana nascono contemporaneamente nell'età della Rivoluzione francese. Il risvolto dittatoriale del potere fondato su basi democratiche non è una deviazione rispetto al concetto di democrazia, ma ne è la sua essenza più originaria ed autentica. Il rapporto immediato capo - masse e la critica della mediazione parlamentare – critica, quest'ultima, che nel lavoro del 1921 non viene ancora svolta – non significa una sfiducia nel principio rappresentativo, ma solo nella capacità dei deputati, dei partiti di massa, del parlamento tutto, di rappresentare l'unità politica e garantire stabilità di governo. Schmitt scrive infatti che «la cosiddetta forma positivista è un concetto del tutto inadeguato per la materia che qui trattiamo»³⁵.

L'essenza del "politico" in senso moderno, insomma, del quale egli ha in sostanza una visione tragica, di potenziale conflitto campale, si illumina cioè solo a partire da una condizione estrema, rompendo i veli ipocriti della mediazione parlamentare che lo avvolgono e neutralizzano in tempi di dialettica - seppur vivace - normale.

* * *

Avviamoci però a concludere quella che - va ribadito - non intendeva essere una rivisitazione compiuta di un autore scomodo, ma solo l'abbozzo di un suo profilo anche biografico e la "recensione attualizzante" di uno scritto

emblematico di un pensiero complesso, che semini dunque qualche suggestione per l'oggi.

Diversamente, infatti, non si sarebbero potuti trascurare e anzi sarebbe stato necessario valutare con il dovuto approfondimento lo studio ponderoso per il quale Schmitt è più noto, ossia la *Dottrina della Costituzione*³⁶ o i materiali della celebre polemica con Hans Kelsen sul "custode della Costituzione"³⁷ ed esaminare infine la produzione internazionalistica dell'ultima fase di lavoro scientifico, peraltro sopra almeno richiamata, con la sua insistita polemica anti-kantiana³⁸: tutti momenti essenziali per alimentare con opportune letture - qualunque sia poi il giudizio critico che ciascuno voglia darne - la formazione di un giovane studioso, che è appunto il lettore ideale per chi scrive ha presente, secondo l'intento enunciato all'inizio.

Qui si deve invece tornare ad un altro lavoro, di cui sopra si è già fatto cenno e il cui titolo torna opportuno riconsiderare - decontestualizzandolo rispetto alle intenzioni con le quali l'autore l'aveva usato - e reimpiegare *hic et nunc*, ossia nell'anno di grazia 2021.

Non sarebbe infatti possibile eludere oggi la riflessione sul *monstrum* che ci è ormai noto, pur essendo stato lontano dalla nostra esperienza percettiva concreta (sebbene presente nell'immaginazione di molti scrittori distopici) fino all'anno scorso: l'irruzione dell'eccezione nelle nostre vite individuali e in quella collettiva, fronteggiata con una misura che ci ha obbligato ad azzerare la nostra naturale socialità: essendo indispensabile stornare il rischio di perdere il bene della vita, o quantomeno non mettere a repentaglio la salute - il che purtroppo a molti non è riuscito di evitare - è divenuto necessario adottare un rimedio segregante alla diffusione di un morbo epidemico che non si aveva altro modo di contrastare.

De te fabula narratur, insomma e questo è già stato appunto finemente notato, proprio nei termini letterali che ora si prova a suggerire³⁹.

³⁶ *Verfassungslehre*, 1928, tradotta da noi a cura di A. CARACCILO, Milano, 1984.

³⁷ Consegnata a due scritti incrociati, essa è in italiano disponibile in due preziosi volumi della benemerita collana *Civiltà del diritto*, diretta da F. MERCADANTE: Hans Kelsen, *Chi dev'essere il custode della Costituzione?*, trad. it. in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. GERACI, Milano, 1981, pp. 234 ss. e C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, trad. it., Milano, 1981, pp. 12 ss.; sul punto si leggano anche P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della Costituzione»*, in *Storia e politica*, 4/1977, pp. 514 ss.; G. BISOGNI, *La «politicità» del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giustiziorico contemporaneo*, Torino, 2017.

³⁸ Si vedano su questo profilo F. MANCUSO, *Guerra giusta, nemico ingiusto: Schmitt interprete di Kant*, in *Jura Gentium*, IV, 2007, pp. 25 ss.; F. RUSCHI, *Space, Law and Power in Carl Schmitt*, ivi, pp. 44 ss.; E. CALOGERO SFERRAZZA PAPA, *L'occupazione dello spazio e la presa di possesso: Carl Schmitt e Immanuel Kant*, in *Filosofia politica*, 2/2017, pp. 235 ss.

³⁹ G. TUMMINELLO, *Ex captivitate salus?* in *Giustamm*, 4/2020.

³⁴ Molto interessanti, in proposito, i notevoli contributi raccolti in *Dittatura degli antichi e dei moderni*, a cura di G. MELONI, Roma, 1983, in François Hinard (éd.), *Dictatures. Actes de la Table Ronde réunie à Paris les 27 et 28 février 1984*, Paris, 1988 e nei due volumi del recente *La dittatura romana*, a cura di L. GAROFALO, Napoli, 2018, tutte opere ricche di bibliografia e che non si limitano alla ricostruzione della letteratura antichistica, ma si ampliano anche alla sua ricezione in autori della modernità, fino al confronto con il dibattito giuridico e politologico attuale sul tema, essendo peraltro impossibile discuterne analiticamente qui le molte suggestioni; quella sopra offerta è la *communis opinio* in materia di ricostruzione dell'istituto, non esente peraltro da precisazioni e valutazioni critiche nelle raccolte ricordate.

³⁵ C. BOCCHINI, *op. cit.*, 223.

Se dunque si volesse (e in effetti vorremmo) trarre il succo da una lezione, dovremmo dire che non solo l'Italia ha vissuto il trauma di un attacco da parte di un agente patogeno; che, impreparati come eravamo, abbiamo quasi tutti nel mondo reagito con misure di confinamento, concentrazionarie (nel senso di evitare concentrazioni e mescolamenti tra soggetti); che “la peste” impone insomma la quarantena e attenzione, ci fa riflettere Camus, perché potrà tornare, anzi questo è probabile, se gli uomini non terranno alta la guardia.

In concreto, nel nostro sistema giuridico-costituzionale è noto come si sia adottato un rimedio (*faute de mieux*) a due stadi. Il primo è consistito negli interventi di protezione civile, fondati sul relativo “codice” e sulla ritrazione nel Governo del comando politico: scelta inevitabile, ma complicata, in un assetto che riconosce e garantisce l'autonomia degli enti territoriali, tant'è che non sono mancati contrasti e conflitti, proprio nel senso tecnico di contestazioni delle rispettive attribuzioni, soprattutto sul piano della gestione della prevenzione vaccinale, mentre la Conferenza Stato – Regioni è stata la sede istituzionale in cui si è mediato nella cruciale partita tra chiusure e riaperture delle attività produttive. Il Governo ha così adottato i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri che quel testo fonda, ma rafforzati (ecco la seconda cintura di sicurezza) dalla decretazione d'urgenza e quasi subito da un onere di loro previa comunicazione alla Camere, introdotto dal d.l. 19/2020, peraltro schermendosi dietro valutazioni *ad hoc* di un comitato tecnico-scientifico nominato alla bisogna.

Giusto, sbagliato? Piuttosto necessario, nella fase più acuta del rischio pandemico. Ne è conseguita una limitazione dei diritti fondamentali in cui l'esigenza di proteggere il valore “salute” ha fatto assumere all'art. 32 della Costituzione un ruolo quasi di *Grundnorm*, in grado di assoggettare all'esigenza per la cui protezione esso fu dettato gli altri diritti della tavola assiologica della Carta fondamentale: è bastato enfatizzare la primazia dell' “interesse collettivo”, letteralmente previsto come prevalente su quello all'autodeterminazione individuale in situazioni critiche per la vita collettiva e rileggere in senso rigoristico-espansivo la possibile limitazione della libertà di circolazione in nome di motivi di sanità e sicurezza e quella della libertà di riunione in luogo pubblico (ma lo si è fatto in realtà anche rispetto a quelle private) per “comprovati motivi di sicurezza e incolumità pubblica”. Si è in questo modo ottenuto di inibire - nella fase iniziale e più dura dell'infuriare della pandemia - tutto il resto, dall'esercizio del lavoro all'attività di impresa, dalla effettiva formazione scolastica e universitaria (pallidamente supplita da somministrazioni di lezioni “a distanza”) alla pratica del culto collettivo, che ha inibito il partecipare tanto a riti fra vivi, quanto a funerali per i morti.

Sarebbe ultroneo continuare l'esame lungo questa strada, come è vano ogni tentativo di ragguaglio bibliografico in proposito: praticamente tutto il mondo

degli studiosi del diritto, in Italia e fuori, si è sentito convocato a dire la sua e dunque la pretesa di una nota esauriente al riguardo riempirebbe da sola più volumi di mere elencazioni di titoli e una parziale farebbe torto agli esclusi.

Si può solo notare come, unica tra i Paesi avanzati, l'Italia non disponga di “clausole di emergenza” costituzionalmente previste per eventi straordinari e che sarebbe opportuno (chi scrive confessa di averlo proposto) che a pandemia superata si rivisitasse l'art. 78 della Costituzione, per estenderlo oltre il caso di guerra oggi unicamente previsto per la sua applicazione anche ai disastri ambientali e ai rischi gravi per la salute collettiva, riservando a una legge costituzionale da introdurre l'individuazione di catena di comando, di forme straordinaria di riarticolazione dei suoi apparati (anche e soprattutto nel rapporto tra Governo e autonomie territoriali), di limiti temporali e di intensità dei sacrifici dei diritti fondamentali che si rendessero all'uopo necessari e dei controlli parlamentari e giurisdizionali indispensabili.

La cattiva resa dei regimi di stato d'assedio, vigente lo Statuto albertino e lo spettro dell'art. 48 della Costituzione weimariana avevano consigliato i Costituenti del 1946 a lasciare il solo decreto legge a presidiare la reazione giuridica ad eventi eccezionali, ma il contesto democratico è oggi molto diverso e più solido che in passato e lo scudo dell'ordinamento eurounionista presente e munito, sicché ci si può ben chiedere se non sia appunto opportuno rivisitare l'unica soluzione di cui disponiamo.

È in ogni caso impossibile ignorare che l'analisi delle pratiche di confinamento che abbiamo di nuovo conosciuto rimanda al lascito di Michel Foucault e quella degli interventi concreti per il fronteggiamento dell'emergenza sanitaria alla figura commissariale romana della prima fase, rinverdita e adattata alla modernità proprio da Carl Schmitt e alle penetranti osservazioni critiche di quest'ultimo sulla crisi della rappresentanza e sulla (in realtà solo) apparente tecnicizzazione del conflitto socio-politico.

“Che fare”, dunque e in conclusione, della figura - indubbiamente disturbante - del giurista di Plettenberg, come si è chiesto di recente un suo studioso?⁴⁰

Un intellettuale che gli sarebbe piaciuto ha osservato, in uno degli aforismi per cui viene ricordato, che “Il progressista trionfa sempre, il reazionario ha sempre ragione”⁴¹.

⁴⁰ J. F. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, cura e trad. it. di F. MANCUSO, Roma - Bari, 2016.

⁴¹ N. G. DÁVILA, in *In margine a un testo implicito*, a cura di F. VOLPI, Milano, 2001, p. 72.

Chi scrive nutre dubbi che un'apodittica sentenza del genere sia davvero fondata: non è detto che le democrazie riescano sempre e a lungo vincenti e la stessa sorte di Weimar lo dimostra, né che del resto troppe fra esse siano oggi davvero in buona salute, come nemmeno può peraltro asserirsi che l'opporli frontalmente allo sviluppo della Storia - in luogo di cercare di guidarla senza subirne le scosse, con un atteggiamento di intelligente duttilità, anche a porsi in un'ottica conservatrice - sia segno di saggia consapevolezza dell'inevitabile fallimento di ogni impresa emancipatoria collettiva, per cui tanto vale restare fermi. Certo spesso mi è accaduto di esortare gli studenti che incontravo a leggere e a meditare i grandi reazionari, perché riflettere sul loro lucido disincanto è il modo migliore di continuare ad essere democratici, pur senza coltivare troppe illusioni, ossia imparando che tra rivoluzione e reazione esiste - pur se stretta - la terza via di coltivare ideali e di provare a tradurli in atto, misurando di volta in volta realisticamente la differenza tra quanto è possibile ottenere e quanto invece sia utopico.

Appunti a margine del Kelsen "parlamentarista", teorico di una concezione realistica della democrazia*

di ANTONIO GUSMAI

SOMMARIO: 1. - Il Kelsen "parlamentarista" e la concezione «procedurale» (non già «formalistica») della democrazia. 2. - Il relativismo filosofico-politico, le (sottaciute) influenze dei «maestri del sospetto» e il significato del «compromesso» democratico-parlamentare. 3. - Alcuni "lasciti" del pensiero democratico kelseniano in vista delle (possibili) riforme.

1. Senza dubbio il Professore della Scuola di Vienna è stato un attento studioso delle dinamiche parlamentari. Notoriamente, però, ha mostrato di essere moltissime altre cose. Solo per ricordarne alcune, in ordine sparso: uno dei massimi filosofi del diritto e della politica del Novecento; geniale studioso del diritto pubblico costituzionale e internazionale; sapiente letterato e, finanche, come in parte emergerà più oltre, sensibile cultore di antropologia, psicoanalisi, sociologia e storia del pensiero politico-giuridico-economico moderno¹.

Perché allora, sin dal titolo, lo si è denominato "parlamentarista"? Il motivo è presto detto. Si è cercato così di sopperire alla mancanza, nella lingua italiana, di un termine idoneo ad indicare specificamente colui che è «esperto di democrazia»: un "democratista", si potrebbe dire, se solo il vocabolario lo consentisse senza ingenerare equivoci con la parola «democratismo» (dal francese *démocratisme*), espressione quest'ultima che, dalla Rivoluzione francese in poi, è stata prevalentemente utilizzata in modo spregiativo per indicare le forme estreme assunte dal radicalismo democratico giacobino².

*Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Tale eclettismo emerge molto bene dalla bibliografia degli scritti di Hans Kelsen redatta nel 2003. Essa, infatti, conta quasi quattrocento titoli dedicati alla filosofia del diritto, al diritto costituzionale, al diritto internazionale, alla sociologia, alla filosofia, etc. Si veda, in particolare, R. WALTER - C. JABLONER - K. ZELENY (a cura di), *Hans Kelsen stete Aktualität*, Wien, 2003, pp. 118-229.

² Un importante esempio dell'utilizzo spregiativo del termine «democratismo» (o «democraticismo») è possibile trarlo, ad esempio, da B. CROCE, *Storia d'Europa nel secolo decimonono*, Milano, 1991, p. 32, il quale scriveva: «[...] il liberalismo aveva compiuto il suo distacco dal democraticismo, che, nella sua forma estrema di giacobinismo, perseguendo a furia e ciecamente le sue astrazioni, non solo aveva distrutto vivi e fisiologici tessuti del corpo sociale, ma, scambiando il

E così, poiché il termine "democratista" potrebbe risultare equivoco e, in ogni caso, per Kelsen il «parlamentarismo» resta «l'unica forma reale possibile di democrazia»³, ecco spiegate le ragioni per cui si è ritenuto di "definirlo" in questo modo⁴.

Ciò premesso, provare a (ri)leggere il Kelsen "parlamentarista" a cent'anni dal suo primo – strutturato – lavoro dedicato al tema della «democrazia» non è affatto semplice⁵. Non solo perché, come in prima battuta può venir facile pensare, il rischio è quello di non aggiungere nulla di nuovo a quanto è stato già ampiamente scritto o detto da altri ben più autorevoli studiosi⁶. Tale pericolo naturalmente

popolo con una parte e con una manifestazione, la meno civile, del popolo, con la inorganica folla schiamazzante e impulsiva, ed esercitando la tirannia in nome del Popolo, era trascorso nell'opposto del suo assunto, e, in luogo della eguaglianza e della libertà, aveva aperto la via all'eguale servitù e alla dittatura».

³ H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1929, trad. it. *Essenza e valore della democrazia*, in *La democrazia*, Bologna, 1981, p. 67.

⁴ Solo per citare uno dei più recenti contributi che sembra implicitamente sostenere tale scelta, si veda M. BARBERIS, *Introduzione*, in H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna, 2017, p. 23, il quale ritiene che il pensiero democratico kelseniano si caratterizzi per l'esistenza di un legame «indissolubile» fra «parlamentarismo e democrazia».

⁵ La prima edizione di *Essenza e valore della democrazia* è, infatti, del 1920. Si veda, H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 47, Heft 1, 1920, pp. 50-85. Tale edizione è consultabile in lingua italiana in H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, a cura di A. CARRINO, Torino, 2004, pp. 3-56. Nove anni più tardi, lo studioso praghese pubblicherà una seconda edizione più estesa di tale opera, avente il medesimo titolo. Nel presente contributo, si farà riferimento a quest'ultima versione, già citata in nota 3. Per completezza, occorre precisare che la vocazione di Kelsen per gli scritti di carattere politico emerge sin da subito, a partire dal suo libro giovanile *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (1905), trad. it. *Lo Stato in Dante. Una teologia politica per l'Impero*, Milano-Udine, 2017, pp. 33 ss., in cui mostra interesse per le condizioni politiche del XIII secolo. Di indole politica è anche l'altro suo scritto giovanile, intitolato *Concezione politica del mondo ed educazione* (1912), rinvenibile in H. Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. CARRINO, Napoli, 1988, pp. 45-71. Ma, come si evince da G. PECORA, *Il pensiero politico di Kelsen*, Roma-Bari, pp. 4 ss., è il Kelsen degli anni Venti, che inizia a scrivere sulla democrazia (oltre al già citato *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, si pensi, anche, a *Das Problem des Parlamentarismus*, W. Braumüller, Wien-Leipzig, 1925, trad. it. *Il problema del parlamentarismo*, in H. Kelsen, *La democrazia*, cit., pp. 145-180) e sul socialismo (*Sozialismus und Staat*, 2. Aufl., Leipzig, 1923, trad. it. *Socialismo e Stato. Una ricerca nella teoria politica del marxismo*, Bari, 1978), ad apparire più solidamente «teorico politico».

⁶ In Italia, il Kelsen teorico della democrazia è stato oggetto di riflessione soprattutto da parte di Bobbio e Matteucci. Del filosofo torinese si veda, in particolare, N. BOBBIO, *Stato, governo, società: per una teoria generale della politica*, Torino, 1985; ID., *Teoria generale della politica*, Torino, 1999; ID., *Liberalismo e democrazia*, Milano, 2006. Del secondo, cfr. N. MATTEUCCI, *Democrazia e cultura in Hans Kelsen*, in H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, Bologna, 1966, pp. 437 ss. (il saggio è però apparso, per la prima volta, come *Introduzione* a H. Kelsen, *Democrazia e cultura*, Bologna, 1955, volume che diffonde in Italia la versione del 1929 di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*).

esiste, e resta elevato vista l'importanza e la notorietà acquisita dal Kelsen «costituzionalista» nel panorama internazionale⁷: parafrasando l'*incipit* di un suo saggio giovanile, scrivere su Kelsen «sarebbe come portare acqua al mare!»⁸. Ulteriori difficoltà potrebbero poi scaturire dalla circostanza che la dottrina democratica kelseniana appare essere «una concezione che riflette le strutture dello stato legislativo, ma non anche quelle dello stato costituzionale di diritto»⁹. Dunque, in ipotesi, legata alle condizioni politiche vigenti nello «Stato legislativo otto-novecentesco»¹⁰.

Tuttavia non sono precipuamente queste le ragioni che qui si ritengono essere «resistenti», nel senso che appaiono costituire l'ostacolo maggiore ad una – per così dire – agile rilettura di quello che è stato il «massimo teorico della democrazia rappresentativa», le cui tesi «sulla rappresentanza politica sono oggi più che mai attuali»¹¹.

Il motivo che più di tutti rende arduo occuparsi del Kelsen apologeta del parlamentarismo risponde, probabilmente, a logiche esattamente inverse, giacché, in realtà, «il Kelsen democratico» è rimasto – e tutt'oggi in parte rimane ancora – lungamente «oscurato» dal «Kelsen teorico del diritto»¹². Invero, per ragioni sia storiche che culturali, la giuspubblicistica si è mostrata molto più interessata alle implicazioni derivanti dall'applicazione della «dottrina pura» (*Reine Rechtslehre*) all'interno dello Stato, piuttosto che agli studi di indole democratico-costituzionale.¹³ Questi ultimi, infatti, a differenza delle categorie schmittiane cui in quegli anni fu riservato un grande interesse¹⁴, sono rimasti lungamente e

⁷ È appena il caso di rammentare che, «per quasi tutti gli anni Venti» del secolo scorso, «Kelsen – allora membro della Corte costituzionale e principale consigliere giuridico del governo socialdemocratico austriaco – parlerà di democrazia soprattutto come costituzionalista». A ricordarlo è, ancora, M. BARBERIS, *Introduzione*, cit., p. 23.

⁸ Il riferimento è alla *Premessa* di H. Kelsen, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 31, in cui esordisce scrivendo: «Scrivere su Dante sarebbe come portare acqua al mare!».

⁹ L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Roma-Bari, 2021, p. 232.

¹⁰ M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Modena, 2012, p. 41.

¹¹ Per dirla, ancora, con le parole di L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016, p. 211.

¹² In tal senso A. PINTORE, *Democrazia senza diritti. In margine al Kelsen democratico*, in *Sociologia del diritto*, 1999, n. 2, p. 31.

¹³ In tal senso, N. MATTEUCCI, *Democrazia e cultura in Hans Kelsen*, cit., p. 437.

¹⁴ Come noto, la «Dittatura», opera uscita in Germania nella prima metà del 1921, è stato il primo di una serie di studi schmittiani di notevole importanza sul grande tema della «salvezza» della res publica dalle «eccezioni» che possono destabilizzare la «normalità» del funzionamento degli Stati costituzionali. Dopo tale studio, infatti, seguono: la «Teologia politica» (1922), «Il Concetto del Politico» (1927), la «Dottrina della Costituzione» (1928) e, soprattutto, l'appassionata analisi di Carl Schmitt sulla democrazia weimariana contenuta nel «Custode della costituzione» (1931). Sull'importanza e sull'attualità dei contributi offerti dal grande «antagonista» dello studioso praghese, si veda il prezioso contributo di Salvatore Prisco, anch'esso ospitato in questo primo numero della Rivista.

sostanzialmente ignorati dai costituzionalisti italiani. Circostanza, questa, che pare aver inciso sulla formazione di molti studiosi del nostro Paese, a partire dagli anni Trenta del secolo scorso¹⁵.

Con la conseguenza – ecco emergere la maggiore difficoltà – di doversi qui succintamente occupare del “parlamentarista” che forse meglio di ogni altro ha sottolineato l’opportunità di mantenere distinte la dimensione «ideale» da quella «reale» delle forme di governo, in un contesto generale ancora oggi ricco di più o meno diffusi fraintendimenti ideologici sulla natura delle sue stesse dottrine¹⁶. Su tutti, quelli derivanti da mere concezioni «formaliste» del suo pensiero democratico, in realtà semmai attribuibili (e solo in parte) all’“altro” Kelsen, ossia al teorico della prima versione della *Reine Rechtslehre*¹⁷.

¹⁵ Come scrive G. GAVAZZI, *Introduzione*, in H. Kelsen, *La democrazia*, cit., pp. 12-13, sin dagli anni Trenta del secolo scorso «ciò di cui la cultura italiana si appropriò non furono i temi di filosofia politica, ma la *Reine Rechtslehre* e, se mai, la polemica con il giusnaturalismo (ma anche questa in relazione con la battaglia per il positivismo giuridico di cui la *Reine Rechtslehre* si atteggiava a campione). L’uditorio dei più fu sordo o forse assordato dagli strepiti del regime mentre la voce trovava più facile, o meno difficile, parlare dei concetti puri e formali della teoria del diritto, anziché di quelli, sicuramente più imbarazzanti, di diritto e democrazia, democrazia e capitalismo, democrazia e socialismo. L’ingiustizia nei confronti di Kelsen fu quindi doppia: da un lato per il Kelsen della *Reine Rechtslehre* che fu letto come il santo protettore di qualsiasi sistema politico, e dall’altro per il Kelsen teorico della democrazia, che fu sostanzialmente ignorato».

¹⁶ Già V. FROSINI, *Prefazione all’edizione originale Kelsen e Dante*, in H. Kelsen, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 24, in occasione di un convegno palermitano del 1965 rammentava, ad esempio, che «nelle discussioni sulla dottrina kelseniana, non è mancato chi ha rilevato che la *Grundnorm*, da cui dipenderebbe la validità di tutto il sistema giuridico, è, dopo tutto, una norma di diritto naturale». Del resto, di tali possibili fraintendimenti, sembra essere consapevole lo stesso Kelsen quando scrive che nel «cercare di scoprire i rapporti che intercorrono tra forme di governo e concezioni del mondo non bisogna anzitutto dimenticare che, nella sua essenza profonda, l’uomo non è razionale e pertanto non è logico, e che il volere umano ha la possibilità d’imprimere anche al giudizio una direzione contraria non solo all’originaria inclinazione ma anche ai postulati della coerenza». Così, mirabilmente, H. Kelsen, *Forme di governo e concezioni del mondo*, in Id., *Il primato del parlamento*, a cura di C. GERACI, Milano, 1982, p. 42 (l’opera originale è intitolata *Staatsform und Weltanschauung*, Tübingen, 1933).

¹⁷ Non per nulla è lo stesso Kelsen a sostenere che è «un errore qualificare la Dottrina pura del diritto come una prosecuzione della dottrina liberale-individualistica dello Stato di diritto, come democraticismo politico e pacifismo». Cfr. H. Kelsen, *Formalismo giuridico e Dottrina pura del diritto*, in H. Kelsen - R. TREVES, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di S.L. PAULSON, Napoli, 1992, 44 (il titolo originale è *Juristischer Formalismus unter reine Rechtslehre*, in *Juristische Wochenschrift*, 1929, 1723-1726). Del resto, come di recente rammenta G. LUCHENA, *Postfazione*, in S.L. PAULSON, *Il problema della giustificazione nella filosofia del diritto di Hans Kelsen*, Torino, 2014, p. 95, il Kelsen teorico del diritto ha come «progetto [...] quello di depurare la scienza giuridica da qualunque fattore ad essa estraneo». Ad ogni buon conto, ritiene che «l’attualità dell’opera di Kelsen non vada cercata né nei suoi aspetti teorico-giuridici né in quelli teorico-politici, ma forse proprio nell’integrazione di entrambi», M. BARBERIS, *Introduzione*, in H. Kelsen, *La democrazia*, cit., p. 8, e pp. 30 ss.

Contrariamente a quel che spesso si ritiene, non è affatto corretto considerare il Kelsen teorico della democrazia un mero «formalista»¹⁸. Al più, come egli stesso lascia intendere, si tratta di un «formale» sostenitore delle «procedure» parlamentari che consentono alla «finzione» della «rappresentanza politica» di realizzare la formazione «dell’ordinamento statale»¹⁹.

“Formale” e “formalista” sono termini che rievocano concetti che debbono restare distinti: mentre il primo ha una carica razionale, il secondo altro non appare che un pre-giudizio di natura politica. Ed infatti, «come metodo o procedura, la democrazia è soprattutto una forma, di Stato o di governo», in cui «si deve tener presente che l’antagonismo tra forma e contenuto è soltanto relativo e che una stessa cosa può sembrare forma da un punto di vista e contenuto o sostanza da un altro». Cosicché, è sempre Kelsen a parlare, l’«argomento del ‘formalismo’, spesso usato per screditare una certa corrente di pensiero e specialmente uno schema politico, è soprattutto un espediente per nascondere un interesse antagonistico che è la vera ragione dell’opposizione». Appare allora necessario prestare attenzione a non confondere le due espressioni, in quanto «non vi è [...] mezzo più adatto ad impedire il moto verso la democrazia, a preparare la via all’autocrazia, a dissuadere il popolo dal desiderio di partecipare al governo, che quello di screditare la definizione della democrazia come procedura usando l’argomento che essa è ‘formalistica’ e di far credere al popolo che il suo desiderio è esaudito se il governo agisce nel suo interesse e che esso ha raggiunto la desiderata democrazia se ha un governo per il popolo»²⁰.

Per utilizzare le parole di Bobbio, quella dello studioso praghese è precisamente «una concezione procedurale della democrazia», ossia «essenzialmente un

¹⁸ In tale equivoco è facile cadere forse anche perché i commentatori, ancora oggi, tendono ad utilizzare indistintamente le espressioni «formale» e «procedurale». È il caso, ad esempio, di L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, cit., p. 232, che, riferendosi a Kelsen (ma, anche, alle tesi di Popper, Schumpeter, Ross e Hayek) scrive: «Questa nozione di democrazia viene giustamente chiamata *formale* o *procedurale* dato che si identifica sulla base soltanto del “chi” e del “come” delle decisioni, cioè delle *forme* [...] idonee a garantire che esse siano espressione della volontà popolare, quali che siano i loro contenuti». È chiaro che non si è in errore a ritenere quanto appena riportato. Epperò, l’accostamento del termine «formale» accanto a quello di «procedurale», può indurre spesso a ritenere equivalenti – in questo caso erroneamente – le espressioni «formale» e «formalista».

¹⁹ Come puntualizzato in H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 153, «la natura del parlamentarismo [...] può definirsi anche senza il bisogno di ricorrere alla finzione della rappresentanza, e se ne può giustificare il valore anche solo come specifico mezzo tecnico sociale per la creazione dell’ordinamento statale».

²⁰ Le citazioni sono tratte da H. Kelsen, *Foundations of Democracy*, in *Ethics*, LXVI (1955-56), n. 1, parte II, trad. it. *I fondamenti della democrazia*, in Id., *La democrazia*, cit., pp. 190-191.

metodo per la selezione dei capi, il cui istituto fondamentale è l'elezione»²¹. Con la doverosa puntualizzazione, però, in un certo senso imposta dalla "grammatica freudiana" dello stesso Kelsen, che nel «complesso, la democrazia non è un terreno adatto all'ideale del capo, non essendo adatto al principio di autorità; e se il padre, in quanto esperienza primigenia di ogni autorità, rappresenta l'ideale, la democrazia – secondo il suo concetto – è una società senza padre. Essa vuol essere una società di equiordinati, possibilmente senza capi. Il suo principio è il coordinamento, e la fratellanza matriarcale la sua forma primitiva. Sicché, il trionfo della rivoluzione francese – libertà, uguaglianza, fraternità – assume in democrazia un significato più profondo che mai»²².

A tale premessa di natura "psicoanalitica" va poi aggiunta un'ulteriore «osservazione antropologica», da ultimo condivisa da un attento conoscitore del pensiero kelseniano. La democrazia non può tollerare «capi» anche perché, s'è detto, per Kelsen «la richiesta di democrazia non parte [...] da una volontà di potere, ma dal rifiuto della dominazione [...]». La teoria della democrazia è tradizionalmente e in sua natura anarchica»²³.

2. Da quanto si è venuti dicendo emerge, in modo evidente, che «la democrazia procedurale» non implica la costruzione di un asfittico e rigido sistema di organizzazione politica. Poiché «la realtà sociale si oppone a [...] il capriccio dell'aritmetica»²⁴, la determinazione del pubblico interesse non richiede per Kelsen l'ossequioso rispetto di regole e procedure rispondenti alle stringenti logiche di un presupposto sistema geometrico euclideo²⁵. Quella di Euclide essendo, peraltro, solo «una delle possibili geometrie» tra le altre²⁶.

²¹ N. BOBBIO, *Democrazia*, in P. POLITO (a cura di), *Elementi di politica. Antologia*, Torino, 2014, pp. 108-109.

²² H. KELSEN, *Forme di governo e concezioni del mondo*, in ID., *Il primato del parlamento*, cit., p. 51.

²³ O. PFERSMANN, *Natura e valore della democrazia cento anni dopo. Dalla procedura del compromesso alla trasformazione giurisdizionale*, in *Dir. pubbl.*, 2020, n. 3, p. 891.

²⁴ H. KELSEN, *Demokratie*, in *Schriften der Deutschen Gesellschaft für Soziologie*, I. Serie, V. Band, *Verhandlungen des Fünften Deutschen Soziologentages vom 26. bis 29. September 1926 in Wien*, Tübingen, 1927, pp. 37-68, trad. it. *La democrazia*, in ID., *Il primato del parlamento*, cit., p. 29.

²⁵ Come è stato giustamente rilevato, «Kelsen resta anzitutto un giurista: ma un giurista che proviene dalle regioni di confine del giuridico, da discipline, come il diritto costituzionale e il diritto internazionale, esposte più di ogni altra alle tentazioni del politico». La stessa «Dottrina pura (*Reine Rechtslehre*)», come noto, presenta «forti connotazioni politiche». Così M. BARBERIS, *Introduzione*, in H. KELSEN, *La democrazia*, cit., pp. 8-9.

²⁶ Come scrive in un recente saggio C. VALERIO, *La matematica è politica*, Torino, 2020, p. 22, la quale inoltre rammenta che la stessa «matematica contemporanea non è specificata e definita

Qui, ad essere presupposta e, dunque, a valere come "*grundnorm*" che conferisce "validità" alle teorie democratiche kelseniane, v'è una premessa che appare non già *formalista* ma *razionale*: quella del «relativismo» filosofico-politico, «concezione del mondo che l'idea democratica suppone». Si tratta, in particolare, di «quella direzione della filosofia e della scienza che parte dal positivismo, cioè dal dato, dal percettibile, dalla esperienza, che può sempre cambiare e che cambia incessantemente e che rifiuta quindi l'idea di un assoluto trascendente a questa esperienza». In democrazia, sostiene Kelsen, non può esistere alcun valore o verità assoluta, perché alla «conoscenza umana» sono «accessibili soltanto verità relative, valori relativi». Di talché in un sistema democratico «ogni verità e ogni valore – così come l'individuo che li trova – debb[on]o essere pronti, ad ogni istante, a ritirarsi per far posto ad altri valori e ad altre verità»²⁷.

Da ciò discende un importante assunto: le «procedure» democratiche debbono essere ancillari e strumentali soprattutto alla realizzazione del più ampio pluralismo politico-sociale, qualunque natura esso abbia. Invero, argomenta Kelsen, la democrazia «è quella forma di Stato che meno si difende dai suoi nemici. Sembra essere suo destino tragico quello di doversi tenere in seno anche il suo nemico più feroce». Se essa «resta fedele a se stessa, deve sopportare anche un movimento volto alla distruzione della democrazia, deve garantire a questo movimento, come ad ogni altra convinzione politica, le stesse possibilità di sviluppo»²⁸.

Per tali ragioni, con lucido disincanto, egli prova a guardare oltre «la nube delle apparenze ideologiche»²⁹. Non occorre, cioè, ingenerare o rafforzare mitologiche illusioni che da sempre albergano il *mare magnum* dell'ideologia democratica: «nell'abisso si può portar con sé solo la speranza che l'ideale della libertà sia indistruttibile e che quanto più sprofonda con tanta maggior passione tornerà a vivere»³⁰.

dai numeri o dagli enti geometrici ma dalla relazione tra essi» e, soprattutto, «dalle relazioni con noi. [...] il trito due più due fa sempre quattro o uno vale uno sono affermazioni discutibili, la cui natura si disvela e si specifica nell'ambiente in cui esse si enunciano. Pensate a uno vale uno: $1=9/9=1 \times 0,999...$ e dunque, per la proprietà transitiva $1=0,999...$ » (pp. 25-26 e p. 50). Si veda anche *infra*, nt. 49.

²⁷ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., pp. 139-141.

²⁸ Così H. KELSEN, *Zur Soziologie der Demokratie*, in *Der Österreichische Volkskulturbund*, 19, Jahrgang, 1926, Heft 8/9, pp. 209-211 e pp. 239-242, trad. it. *Sociologia della democrazia*, in A. CARRINO (a cura di), *Sociologia della democrazia*, Napoli, 1991, pp. 49-50.

²⁹ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 61.

³⁰ *Op. ult. cit.*, p. 50.

Nei «casi limite», sembra voler dire, non sarà certo una qualche forza di tipo normativo ad evitare le catastrofi politico-sociali (ad esempio una rivoluzione, un colpo di Stato, una crisi economica, una pandemia etc., tutte situazioni che possono portare alla «dittatura»). Conclusione, quest'ultima, a cui in qualche modo giunge anche Carl Schmitt quando immagina la «sospensione» dei poteri costituiti per far fronte allo «stato d'eccezione»: poteri, attribuiti al «sovrano» chiamato a «decidere», provenienti dalla «nuda forza», non già dal diritto. In quei frangenti, infatti, la fonte «sulla produzione» – su questo i due Autori sembrano trovarsi d'accordo – non può che essere un incidente della storia disancorato dalle regole costituite in qualsiasi forma di Stato e di governo. Per quanto poi, come noto, mentre Kelsen tenta di riportare lo «spazio vuoto» nuovamente venutosi a creare all'interno di una politica fondata sulla dialettica parlamentare, Schmitt sembra invece accontentarsi di un qualsiasi tipo di riempimento della normatività annientata dall'«eccezione», finanche autocratica³¹.

In Kelsen, invero, esattamente al contrario di quel che professa Schmitt, ogni minaccia alla tenuta delle istituzioni democratiche (il celeberrimo «stato d'eccezione», sia interno che esterno, sia naturale che artificiale), non può essere risolta con la mera sospensione delle garanzie costituzionali e lo sbilanciamento dei poteri sul capo dell'Esecutivo. E tanto perché, verrebbe da dire, gli stati d'eccezione, se realisticamente si tiene conto di un arco temporale anche solo di medio periodo, non sembrano affatto rappresentare un'eccezione. In qualsiasi forma essi si manifestino sono destinati ciclicamente a ripresentarsi, apparendo un grave errore ritenerli soltanto una patologia. Ciò potrebbe essere sostenuto se oggetto di studio fosse il contingente o, al più, l'analisi di brevi parentesi storiche in cui si osservano le condizioni esistenti in una circoscritta e limitata frazione temporale. Ma se si guarda alla continuità del funzionamento degli ordinamenti costituzionali in una prospettiva che voglia mantenere la forma di governo democratica, la variabile dell'«eccezione» non può che logicamente ritenersi fisiologica e trasformarsi in una *costante presupposta*, in quanto inevitabile e imprevedibile ripresentarsi del «caso limite» nel corso della vita di qualsivoglia comunità sociale organizzata³².

E così, seguendo il ragionamento kelseniano, una democrazia che cercasse di sopravvivere alla fisiologia delle «eccezioni» con l'autorità e la forza cesserebbe «di

essere una democrazia». Evidentemente perché «un potere popolare non può continuare ad esistere contro il popolo», «non può farsi prendere nella funesta contraddizione di ricorrere alla dittatura per difendere la democrazia». In tutti questi casi, la reazione democratica sembra piuttosto imporre un atteggiamento lucido e razionale di intelligente difesa delle istituzioni democratiche (per quanto da ristrutturare), affinché la necessità e l'urgenza gestita dalle «decisioni» di chi è «sovrano» non metta fuori gioco quantomeno il controllo degli organi rappresentativi³³. Per una democrazia costituzionale, cedere nei frangenti «eccezionali» alle sirene di una qualsiasi forma di potere dal tenore autoritario, potrebbe significare soltanto rischiare di incorrere in un'inutile e dannosa contraddizione. Forse, la più funesta³⁴.

Il Kelsen «parlamentarista» che scrive a difesa dei governi democratici muove, pertanto, da una ben chiara consapevolezza: il discorso democratico è intriso di assoluti ideologici e rassicuranti dogmatiche, le cui principali virtù appaiono forse consistere nella sorprendente capacità di rimanere in vita nella mente degli uomini, mentre la storia, intanto, le erode. Precondizioni, queste, che in generale non sembrano affatto sorprenderlo, in quanto «al di sopra degli uomini che sulla terra lottano per il potere, si combattono (per così dire, nell'aria) le loro idee e ideologie»³⁵.

Epperò, tale stato delle cose egli prova a renderlo «terreno», tentando di ancorare il discorso democratico a principi di realtà. Il modo in cui sembra agire è presto detto. Come si accennava, appare decisamente innervare e strutturare le sue tesi sull'«essenza e valore della democrazia» attingendo argomenti – *ab imis fundamentis* – dal pensiero critico dei massimi interpreti del «relativismo filosofico». Dunque, non solo da Kant³⁶ e Spinoza³⁷, ma soprattutto da quelli che Paul

³³ Sul punto, si pensi a quanto invece è accaduto lo scorso anno, allorché il Governo, al fine di fronteggiare l'emergenza pandemica Covid-19, ha scelto di limitare le libertà costituzionali con meri dd.P.C.M., mettendo fuori gioco l'organo rappresentativo. Prassi, questa, fortunatamente abbandonata dall'attuale Esecutivo Draghi, il quale, per far fronte ai «casi straordinari di necessità e d'urgenza» ha scelto di adottare, nel pieno rispetto della Costituzione (art. 77), decreti-legge. Per gli opportuni approfondimenti sia consentito, in argomento, rinviare ad A. GUSMAI, *Lo «stato d'emergenza» ai tempi del Covid-19: una possibile fonte di risarcimento del danno?*, in *Diritti fondamentali*, disponibile all'indirizzo www.dirittifondamentali.it, 25 marzo 2020.

³⁴ Sembra potersi desumere questo leggendo la parte conclusiva del capitolo *Difesa della democrazia*, rinvenibile nel già citato H. Kelsen, *Sociologia della democrazia*, cit., pp. 49-50.

³⁵ H. Kelsen, *Forme di governo e concezioni del mondo*, cit., p. 40.

³⁶ Della cui filosofia è debitore soprattutto il Kelsen della dottrina pura. Lì dove si occupa, come è noto, della condizione logico-trascendentale della *Grundnorm*, applicando per analogia un concetto della teoria kantiana della conoscenza. Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, p. 98 ss. (la prima versione è del 1934, intitolata *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*). Sull'epistemologia neokantiana, si veda poi, in una prospettiva «monista» di ordinamento internazionale sagacemente prospettata dal Kelsen, A. CARRINO, *Presentazione*, in H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, 1989, pp. XIII-XX.

³⁷ In particolare, dello Spinoza autore del *Tractatus theologico-politicus*, come di recente

³¹ Come si desume, già, dalla lettura di C. SCHMITT, *Definizioni della sovranità*, in Id., *Le categorie del «politico». Saggi di teoria politica*, Bologna, 2013, pp. 33 ss.

³² Anzi, se si pensa alla «sacertà» nel mondo contemporaneo e al fatto che «l'emergenza diventa la regola», la questione diventa quella di ricercare soluzioni al grave problema dell'assorbimento del «potere legislativo» in quello «esecutivo», che di fatto ha trasformato le Repubbliche «parlamentari» in sostanziali Repubbliche «governamentali». Il riferimento non può che essere alle acute riflessioni di G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, 1*, Torino, 2003, pp. 21-32.

Ricoeur ha suggestivamente chiamato «maestri del sospetto», ossia Freud, Marx e Nietzsche³⁸. Influenze, queste ultime, non di rado trascurate dagli studiosi o, questa l'impressione, comunque lasciate scivolare ben oltre lo sfondo di un quadro complessivo del suo pensiero democratico³⁹.

Beninteso, non si sta qui sostenendo che le riflessioni kelseniane abbiano in qualche modo a che fare con la materiale brutalità dei «murari» rapporti tellurici politicamente rinvenibili, ad esempio, nello schmittiano «*Nomos der Erde*»⁴⁰.

Si tratta pur sempre, però, di tesi che allignano nella conflittualità del «reale movimento storico» (Marx), caratterizzato dall'«eterno ritorno» (Nietzsche) della dialettica dei due «tipi ideali» e antitetici di espressione del potere che, da sempre, alimentano lo «strato psichico» (Freud) dei sistemi politico-sociali: da una

parte, l'«assolutezza» del potere fondato sull'«idea» di «autocrazia» tipica delle «personalità autoritarie o dispotiche»; sul versante opposto, l'illimitatezza del potere espressione dell'«autodeterminazione politica» dei singoli individui, presupposto anarchico dell'«ideale della democrazia». Ideologie che, nella loro massima espressione concepita dalla «volontà di potenza» (Nietzsche) di entrambi i «tipi caratteriologici» (Freud), non soltanto «non si sono attuate pienamente mai e in nessun luogo», ma, soprattutto, fanno riferimento ad una «realtà» – quella dei conflitti politico-sociali (Marx) – che «offre sempre una mescolanza di elementi propri di entrambe, nella quale prevalgono ora quelli dell'uno ora quelli dell'altro tipo ideale»⁴¹.

E così, in considerazione delle numerose «verità» di cui è inevitabilmente portatrice la conflittuale realtà sociale, emergono in tutta la loro importanza le due grandi direttive kelseniane sul corretto funzionamento delle democrazie parlamentari. Innanzitutto, vista la molteplicità dei valori e degli interessi vigenti nelle società capitalistiche e secolarizzate, la necessità di rifuggire dal rischio che soltanto alcuni di essi, attraverso «organizzazioni corporative», possano assolutizzarsi sino a condurre al «dominio dittatoriale di una classe sull'altra»⁴². In secondo luogo e in stretta logica consequenziale, l'organizzazione di un sistema assembleare in grado di realizzare le condizioni affinché i gruppi politici possano addivenire ad un «compromesso» risultante dalla più intensa dialettica tra «maggioranza» e «minoranza» parlamentare⁴³. Condizione, quest'ultima, che ha la possibilità di inverarsi allorché l'elezione dei rappresentanti avvenga attraverso l'adozione di formule elettorali di stampo «proporzionale»⁴⁴.

sostiene P.G. MONATERI, *Presentazione. Kelsen e Dante, oltre Schmitt?*, in H. Kelsen, *Lo Stato in Dante*, cit., pp. 13 ss.

³⁸ P. RICOEUR, *Dell'interpretazione. Saggio su Freud*, Milano, 1967, pp. 46 ss.

³⁹ È sufficiente anche solo sfogliare gli scritti democratici di Kelsen per accorgersi che, più o meno esplicitamente, in ciascuno di essi (a volte persino nel titolo) vi sono continui riferimenti al pensiero critico dei «maestri del sospetto». Le influenze di Freud sono evidentissime, al punto che, A. CARRINO, *Scienza e democrazia. Il decisionismo critico di Hans Kelsen*, in H. Kelsen, *Sociologia della democrazia*, cit., p. 9, scrive: «che per Kelsen lo strato psichico costituisca lo strato «più profondo» è un dato che emerge in tutti gli scritti del giurista, almeno nel suo periodo viennese e in generale europeo». Anche l'influenza di Karl Marx non è difficile da rilevare. Di quest'ultimo, infatti, pur criticando a più riprese i risultati a cui giungono le sue analisi (si veda, da ultimo, H. Kelsen, *The Communist Theory of Law*, New York, 1955, trad. it. *La teoria comunista del diritto*, Milano, 1956) sembra comunque accettare parte dell'analisi storico-materialistica. Non meno complicato è, poi, ritrovare numerose argomentazioni nietzscheiane a sostegno di molte tesi del Kelsen democratico. Su tutte, la concezione dei «valori» e delle «moralità» presupposta dal suo relativismo filosofico-politico. Se poi si tiene conto anche del suo ultimo lavoro, *Secular Religion*, pubblicato postumo soltanto di recente (2012) dall'*Hans Kelsen-Institut* di Vienna, non sembra residuare alcun dubbio su quanto l'influenza di tali autori abbia accompagnato tutta la carriera dello studioso praghese. In quest'opera, infatti, il cui fine è quello di dimostrare che è «errato» considerare le ideologie politiche affermatesi nel periodo illuminista come una teologia gnostica dell'epoca moderna, si ritrova non soltanto il grande interesse di Kelsen per i «maestri del sospetto», ma anche quello per il pensiero critico di Proudhon, Saint-Simon, Comte e Lessing. Influenze, anche queste, che se si leggono con attenzione gli scritti democratici implicitamente emergono già in quegli anni. Si veda H. Kelsen, *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come «nuove religioni»*, Milano, 2014, pp. 3 ss.

⁴⁰ Si veda C. SCHMITT, *Il Nomos della Terra nel Diritto internazionale dello «Jus Publicum Europaeum»*, Milano, 1991, p. 59, secondo cui «*nomos*» sta ad indicare «la forma immediata nella quale si rende spazialmente visibile l'ordinamento politico e sociale di un popolo, [...] vale a dire l'occupazione di terra e l'ordinamento concreto che in essa è contenuto e da essa deriva [...]». Nomos è la misura che distribuisce il terreno e il suolo della terra collocandolo in un determinato ordinamento, e la forma con ciò data dell'ordinamento politico, sociale e religioso. [...] In particolare, il nomos può essere definito come un muro, poiché anche il muro si basa su localizzazioni sacrali».

⁴¹ Le citazioni sono tratte da H. Kelsen, *Forme di governo e concezioni del mondo*, cit., pp. 41-43; Id., *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 234. Sempre del Maestro praghese, in argomento appare imprescindibile la lettura di *L'amor platonico*, Bologna, 1985.

⁴² H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 93.

⁴³ In questa ipotesi, infatti, Kelsen ritiene che «una dittatura della maggioranza sulla minoranza non è possibile, a lungo andare, per il semplice fatto che una minoranza, condannata a non esercitare, nel modo più assoluto, nessuna influenza, finirà col rinunciare alla sua partecipazione – soltanto formale e perciò per lei senza valore e perfino dannosa – alla formazione della volontà generale, togliendo con ciò alla maggioranza – che già per definizione non è possibile senza la minoranza – il suo carattere stesso di maggioranza. [...] Tutta la procedura parlamentare tende a creare un medio termine fra gli interessi opposti, una risultante delle forze sociali di senso contrario. I diversi interessi dei gruppi rappresentati in Parlamento, potranno esprimersi, manifestarsi in una procedura pubblica trovando, in quella parlamentare, le garanzie necessarie. E se la caratteristica procedura dialettico-contraddittoria parlamentare ha un senso alquanto profondo, tale senso potrà essere soltanto quello di fare della tesi e dell'antitesi degli interessi politici, in qualsiasi modo, una sintesi. [...] non [...] una verità superiore, assoluta, un valore assoluto superiore agli interessi dei gruppi, ma un compromesso». H. Kelsen, *op. ult. cit.*, pp. 97-98.

⁴⁴ Per Kelsen, infatti, «bisogna che venga garantito che possibilmente tutti gli interessi di partito possano esprimersi ed entrare in concorso, affinché il compromesso finale intervenga fra

Sembra proprio essere questo il modo con cui l'ingegno kelseniano traduce in teoria della «democrazia reale» il relativismo filosofico-politico di cui si è detto⁴⁵. Consentendo ai gruppi politici di minoranza, entrati in Parlamento grazie al sistema elettorale proporzionale, di essere «un mezzo per influire sulle decisioni della maggioranza». Ed è esattamente quest'ultimo il significato, tutt'oggi spesso strumentalizzato dai critici delle sue tesi, da attribuirsi al «principio di maggioranza» vigente negli organi assembleari⁴⁶. Non a caso, imponendo l'inclusione delle minoranze nella formazione della decisione politica, è Kelsen stesso a scrivere che «sarebbe comunque meglio chiamarlo principio maggioritario-minoritario»⁴⁷.

In democrazia, «la relatività del valore che una determinata confessione politica proclama, l'impossibilità di rivendicare per un programma politico, per un ideale politico, un valore assoluto [...] costringe imperiosamente a respingere anche l'assolutismo politico». Nessuna forza politica, sia essa temporaneamente al governo o all'opposizione, detiene verità. L'espressione «maggioranza» è così diventata «parola d'ordine» e «meta di coloro che sono per la libertà intellettuale, per una scienza liberata dalla credenza in dogmi e ai miracoli, fondata sulla ragione umana e sul dubbio della critica». E dunque, se si vuole restringere il campo semantico di una espressione tanto abusata, fare appello alla «democrazia» non può che significare innanzitutto una cosa: invocare e credere nei postulati del «relativismo» filosofico-politico⁴⁸.

Questo sembra suggerire in modo cristallino il Kelsen «parlamentarista» alle forze politiche chiamate ad organizzare i metodi di produzione normativa in uno Stato, oltre che, naturalmente, agli studiosi della scienza giuridica e politica interessati a comprendere la realtà del fenomeno democratico moderno. Le regole «procedurali» (legislative, costituzionali e dei regolamenti camerali) sono asservite allo scopo della realizzazione dei «principi» del relativismo politico.

loro. Garanzie in tal senso offre la procedura che si svolge in seno ad un Parlamento fondato sul sistema elettorale proporzionale». Tutte cose, queste, che non si verificano adottando una formula elettorale maggioritaria: se applicata nella sua purezza, «in Parlamento sarebbe rappresentata solo la maggioranza». H. Kelsen, *op. ult. cit.*, pp. 101-103.

⁴⁵ Sul punto sembra converge O. PFERSMANN, *Natura e valore della democrazia cento anni dopo*, cit., pp. 896-897, il quale rileva che proprio il «relativismo epistemologico-ideologico» presupposto da Kelsen, «gli permetterà anche meglio di esporre il valore della democrazia stessa».

⁴⁶ Come ancora rammenta O. PFERSMANN, *ibidem*, poiché «la conoscenza di valori assoluti è impossibile», per Kelsen «si possono conoscere e difendere solamente valori relativi. Il principio di maggioranza è la traduzione giuridica di questa osservazione».

⁴⁷ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 98.

⁴⁸ Le citazioni sono ancora tratte da H. Kelsen, *op. ult. cit.*, pp. 142-143.

Se si vogliono comprendere a fondo le teorie democratiche kelseniane, sembra quindi doversi partire dalla corretta comprensione di quei principi e non, come invece spesso accade, concentrarsi sulla formalità delle regole procedurali, evidentemente rispondenti ad una logica di stretta consequenzialità applicativo-normativa concepita a garanzia di quei postulati filosofico-politici⁴⁹.

3. Non serve andare ancora oltre per comprendere quanto la concezione della democrazia kelseniana altro non sia che una teoria profondamente legata alla realtà delle cose, ossia ai rapporti di forza materialmente esistenti tra le parti sociali⁵⁰. Ed infatti, diversamente dallo «Stato» che Kelsen ritiene essere «soltanto il contenuto specifico di una coscienza, il cui accumulo di massa real-psicologica resta, quanto al suo concetto, di significato problematico»⁵¹, la «democrazia» viene invece considerata come «il punto di equilibrio verso il quale il pendolo politico, oscillante a destra e a sinistra, dovrà sempre ritornare»⁵².

⁴⁹ Tornano qui ancora utili le argomentazioni contenute nel già citato saggio di Chiara Valerio (*La matematica è politica*, v. *supra*, nt. 26), ex studiosa di «scienze esatte» (matematica e fisica) e oggi vivace scrittrice socialmente impegnata. Scopo dell'Autrice è quello di dimostrare quanto di fatto «democrazia» e «matematica» rispondano a logiche simili. Nell'agile libro, l'«anarchica conservatrice» (è lei a definirsi così nelle prime pagine), parte dal seguente assunto: l'«assoluto» è solo «un punto di vista [...] una scelta, una responsabilità emotiva, culturale, giuridica, politica [...] che indica uno dei tanti modi di controllo e oppressione». La «verità assoluta» dunque non esiste, perché «il relativismo è la realtà», in quanto «non implica che tutti i punti di vista siano uguali, ma che esistano» (p. 9). E così, poiché la «democrazia» come la «matematica» non rappresenta un «assoluto», ma solo un «linguaggio», una «grammatica» che rifugge dal «principio di autorità», è possibile allora sostenere che «la democrazia è matematica» nella misura in cui «si basa su un sistema condiviso di regole continuamente negoziabili e continuamente verificabili» (pp. 52-53 e pp. 59-60). L'Autrice, che non cita Kelsen, ma mostra di conoscere il pensiero di Walter Benjamin (*Angelus Novus*), Giorgio Agamben (*Homo Sacer*) e Stefano Rodotà (*Diritto di avere diritti*), nel tentare di spiegare la funzione delle regole procedurali in una democrazia «matematico-costituzionale», sembra in parte rifarsi alla concezione democratica dello studioso praghese (p. 71 ss.). O meglio, per evitare fraintendimenti, le assonanze sembrano rinvenirsi nella funzione che entrambi attribuiscono alle «regole procedurali»: quella di evolvere in modo partecipato e quanto più possibile condiviso non già un sistema dogmatico di verità assolute, ma un ordine «che non ammette principi di autorità» (p. 50).

⁵⁰ Sul punto sembra convergere anche M. BARBERIS, *Introduzione*, cit., p. 25., il quale sostiene che il Kelsen teorico della democrazia muova «da una visione classistica e conflittualistica dei rapporti sociali imparentata con quella marxista».

⁵¹ H. Kelsen, *Il concetto di Stato e la psicologia sociale. Con particolare riguardo alla teoria delle masse di Freud*, in *Id.*, *La democrazia*, cit., p. 399.

⁵² H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 108.

Mosso da un grande senso di realtà, il Kelsen democratico è stato soprattutto un «liberale di sinistra»⁵³ che non si è battuto in astratto per il mito della «crazia del demos», ma per il reale e costante rafforzamento di «atti di crazia». Di «atti di potere», cioè, posti in essere dai rappresentanti delle varie classi, tesi alla migliore realizzazione del «compromesso socialdemocratico»⁵⁴.

Kelsen, invero, consapevole delle problematiche cui può andare incontro una rigida architettura di regole parlamentari in una società pluralistica in cui decisivo è il ruolo giocato dai partiti politici, tenta di perfezionare il sistema assembleare con alcuni correttivi.

Suggerisce, in particolare: *a)* il ricorso all'istituto referendario «sul *deliberato* parlamentare e non sulla *legge* già promulgata e vigente»⁵⁵; *b)* una maggiore

considerazione dell'iniziativa legislativa popolare, peraltro congegnata in modo da non ostacolare il lavoro della cittadinanza attiva: le Camere non dovrebbero ricevere «un progetto di legge già elaborato», bensì soltanto «la semplice indicazione di certe direttive generali» utili ad orientare l'attività legislativa⁵⁶; *c)* l'integrazione delle commissioni parlamentari, a seconda della «natura delle leggi da discutere e da votare», con «esperti» individuati dal «partito politico», affinché si giunga a «delle buone leggi nei diversi campi della vita pubblica»⁵⁷; *e)*, non da ultimo, *d)* l'introduzione di forme di controllo degli eletti da parte degli elettori «organizzati in partito» (c.d. mandato di partito) che, lì dove le leggi elettorali prevedano l'adozione di «liste bloccate», possano finanche determinare la perdita del mandato per il singolo parlamentare⁵⁸.

⁵³ Come lo definisce P. PETTA, *Presentazione*, in H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, cit., p. IX, il quale rammenta che, sebbene «non abbia avuto la tessera del partito socialista», ad ogni modo «la concezione politica di Kelsen era quella di un liberale di sinistra, convinto della necessità di un intervento statale nell'economia, ma anche della assenza di alternative alla democrazia parlamentare».

⁵⁴ Sembra essere questa la visione, esplicitamente influenzata dal pensiero di Kelsen (oltre che in parte da Weber e Schumpeter), di M.L. SALVADORI, *Democrazia. Storia di un'idea tra mito e realtà*, Milano, 2020, p. XVI e pp. 486-493, il quale – chiarito che la «democrazia è stata un mito potente, che, in senso proprio, ha avuto attuazione [...] unicamente in due momenti e luoghi: nell'antica Atene, con il suo apogeo nell'età di Pericle e, limitatamente alla parte del *demos* dotata di proprietà, istruzione e diritto di voto, tra Sette e Ottocento nei paesi occidentali dotati di istituzioni parlamentari» – lucidamente ritiene che anche nei Paesi dotati di istituzioni liberaldemocratiche, la realizzazione dell'ideale democratico non ha mai visto «il popolo al potere», ossia l'affermarsi della «crazia del demos». Piuttosto, «le masse hanno conquistato poteri parziali ma importanti» che propriamente consistono in «atti di crazia quali in primo luogo i successi nell'estensione, grazie agli interventi riformatori, dei diritti, e nel miglioramento materiale degli strati inferiori. Dunque, più che di «crazia del demos», sembra più corretto doversi parlare di «atti di crazia», da intendersi come «atti di potere» a «beneficio dei ceti più deboli fatti riconoscere in sede legislativa dai partiti». Sono queste, realisticamente, le condizioni in cui storicamente si è espresso l'ideale della democrazia, che ad oggi ha «trovato la sua migliore realizzazione nel compromesso socialdemocratico».

⁵⁵ Qui Kelsen suggerisce ai legislatori che proprio al fine di rafforzare l'istituto parlamentare «sarebbe profittevole [...] che i professionisti della politica, che oggi sono appunto i membri del Parlamento, cercassero di reprimere la loro d'altronde comprensibile avversione contro l'istituto del referendum» e lasciassero esprimere «il popolo su di un testo semplicemente votato dal Parlamento piuttosto che su di una legge già pubblicata ed entrata in vigore». In alcuni casi, come ad esempio quando è stata «una minoranza qualificata del Parlamento» a sostenere il ricorso alla volontà popolare (ipotesi esclusa dall'art. 75 della nostra Costituzione), persino «si renderebbe necessario sciogliere il Parlamento qualora il responso popolare risultasse contrario ad un deliberato di esso. Con le nuove elezioni verrebbe così a formarsi un nuovo Parlamento, del quale se non si può asserire ancora che sia la genuina espressione della volontà popolare, si potrà per lo meno affermare con sicurezza che con questa volontà non si è già messo in contrasto». Così H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, cit., pp. 154-155; e ID., *Essenza e valore della democrazia*, cit., pp. 80-81.

⁵⁶ Anche su questo fronte, i suggerimenti di Kelsen meriterebbero maggiore considerazione. Egli prosegue, infatti, dicendo che «se gli elettori non hanno il diritto di dare istruzioni obbligatorie ai loro uomini di fiducia in Parlamento, al popolo dovrebbe essere lasciata almeno la possibilità di dare suggerimenti che consentano al Parlamento di orientare la propria attività legislativa». E, trattandosi di «direttiva generale», il Parlamento dovrebbe essere «obbligato a trattarla secondo la consueta procedura». H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 155; e ID., *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 81.

⁵⁷ Tale via, peraltro ancora oggi rievocata da alcuni studiosi (v. da ultimo F. SICURO, *Il sistema delle commissioni parlamentari alla prova del ridimensionamento della rappresentanza politica*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021, n. 1, pp. 646 ss. disponibile all'indirizzo www.forumcostituzionale.it), per Kelsen intanto sembra però percorribile in quanto non conduca la democrazia costituzionale verso una perniciosa «organizzazione corporativistica» della rappresentanza. Cfr. H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, cit., pp. 159-161; e ID., *Essenza e valore della democrazia*, cit., pp. 85-87.

⁵⁸ Sul punto occorre però qualche precisazione. Come detto nel testo, il Maestro praghese ammette il c.d. mandato di partito, non già un mandato imperativo *tout court*. Ed infatti, egli specifica che «non si può certo più pensare ad un ritorno del mandato imperativo nella sua antica forma; ma le innegabili tendenze che oggi si manifestano in questo senso possono, fino a un certo grado essere levate a forme compatibili con la struttura dell'organismo politico moderno. Già l'introduzione del sistema proporzionale ha reso necessaria una organizzazione di partito più rigida di quanto non la esigesse il semplice sistema della maggioranza. Perciò oggi non si può respingere in modo categorico l'idea di un controllo permanente dei deputati da parte dei gruppi di elettori costituiti in partiti politici. La possibilità di realizzare giuridicamente questo controllo, esiste. E un contatto permanente, stabilito fra deputati e corpo elettorale e garantito dalla legge, potrebbe riconciliare le masse col principio parlamentare. L'irresponsabilità del deputato di fronte ai suoi elettori, che è senza dubbio una delle cause essenziali del discredito in cui oggi è caduta l'istituzione parlamentare, non è affatto, come trapelava dalla dottrina del XIX secolo, un elemento necessario». Quanto poi alla revoca del mandato, Kelsen non lascia dubbi. È ammissibile a quattro condizioni collegate tra loro: 1. deve riguardare parlamentari eletti in «liste bloccate» (egli parla di «lista chiusa» o «lista vincolata»). In tali casi, infatti, «se l'elettore [...] non ha più influenza sulla scelta dei deputati e l'atto del voto si riduce piuttosto ad una professione di appartenenza ad un determinato partito e se il candidato riceve il mandato dall'elettore per il solo fatto di appartenere al suo partito, diventa perfettamente logico che il deputato decada dalla sua funzione quando cessa di appartenere al partito che lo ha mandato al parlamento»; 2. deve sussistere

Si tratta, come è evidente, di correttivi che appaiono ancora di grande attualità e che meriterebbero di essere considerati con un'attenzione ben maggiore di quella sinora ricevuta nel nostro Paese. Basti pensare all'utilizzo che di tali strumenti è stato fatto da forze politiche come il MoVimento Cinque Stelle: impiegati non già per il rafforzamento della centralità del Parlamento (*à la* Kelsen), ma come un'alternativa volta all'applicazione di regressivi quanto perniciosi meccanismi di democrazia (etero)diretta, di fatto tesi a privatizzare l'attività di indirizzo politico dello Stato⁵⁹.

Un altro aspetto importante affrontato dallo studioso praghese – e che riguarda, tutt'oggi, «il problema del parlamentarismo» – è poi quello relativo alla mancanza di una regolamentazione pubblicistica dei partiti politici. Questi ultimi, invero, ancora adesso «si presentano nella forma floscia di associazioni libere», quando invece «la moderna democrazia si fonda interamente sui partiti politici», da essi dipendendo «la formazione della volontà dello Stato». Qui Kelsen, criticando le «legislazioni» e le «costituzioni» che non danno sufficiente importanza all'«organizzazione del 'popolo' in partiti», afferma che essi debbono essere considerati, vista l'insostituibile funzione svolta, veri e propri «organi costituzionali dello Stato»⁶⁰.

Chiaramente non è pensabile, e neppure auspicabile, che tali soggetti indefettibili del circuito della rappresentanza politica possano oggi giungere ad una «trasformazione» in organi disciplinati interamente dal diritto pubblico⁶¹. Ma le pregnanti argomentazioni di Kelsen sul ruolo svolto dai partiti all'interno di una forma di governo parlamentare sembrano, al contempo, contenere un monito di straordinario rilievo anche per il legislatore democratico contemporaneo. Specie dopo l'entrata in vigore della l. cost. n. 1/2020 – che, come noto,

ha notevolmente ridotto la rappresentanza politica attraverso il «taglio» del numero dei parlamentari – non appare infatti più rinviabile una legge di attuazione dell'art. 49 Cost., capace di assicurare una effettiva «democrazia interna» alle forze politiche, senza la quale difficilmente «rappresentanza» e «rappresentato» potranno uscire dal pantano della crisi in cui da tempo sono sprofondate⁶².

Un ultimo accenno, viste le problematiche istituzionali squadernate dalla pandemia, merita un'altra grande questione affrontata dal Kelsen «parlamentarista»: quella che attiene alle fisiologiche istanze di autogoverno provenienti dai vari enti politico-amministrativi presenti nel territorio di uno Stato che riconosce, come il nostro, le «autonomie locali». Nello specifico, Kelsen si preoccupa di assicurare che la decisione politica adottata dallo Stato centrale non venga poi contraddetta dalle decisioni provenienti da articolazioni politiche territorialmente decentrate. Si pensi, per restare all'emergenza sanitaria, alle difficoltà avvertite dal Governo nella gestione dei piani vaccinali, rispetto ai quali ciascuna Regione ha più volte mostrato di voler procedere in modo indipendente dalla volontà statale⁶³.

Mettendo da parte i pur fondamentali aspetti che coinvolgono elementari istanze di uguaglianza nello spazio nazionale, le indicazioni di Kelsen rivolte ai legislatori che volessero assicurare coerenza democratica all'interno dello Stato non sembrano lasciare dubbi: non tutte le competenze tra i vari enti politico-rappresentativi possono concorrere sul piano legislativo, dunque essere propriamente «democratiche», risultando funzionale alla democrazia stessa che molte delle predette competenze restino invece «autocratiche», ossia lasciate nella disponibilità dell'Amministrazione chiamata ad «eseguire» la *voluntas legislatoris*⁶⁴.

⁶² In argomento la dottrina appare tendenzialmente compatta. Sul punto, come ha precisato A.M. NICO, *La proiezione della trasformazione dei partiti politici sulla forma di governo e sulla legislazione elettorale*, in *Diritti fondamentali*, 2018, n. 1, p. 3, disponibile all'indirizzo www.diritifondamentali.it, il problema di fondo sembra essere precipuamente questo: «l'organo rappresentativo [...] non deve essere o divenire un mero strumento del partito o delle decisioni del gruppo direttivo dello stesso, se non si vuole sminuire il ruolo del circuito Parlamento-Governo e dello stesso articolo 49 della Costituzione (nel quale si utilizza il verbo "concorrere")».

⁶³ Qui si fa riferimento alle acute riflessioni che Kelsen dedica ai rapporti che dovrebbero intercorrere tra legislazione (democratica) e amministrazione (autocratica). In particolare, v. H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., pp. 110-132.

⁶⁴ Come rammenta O. PFERSMANN, *Natura e valore della democrazia cento anni dopo*, cit., p. 895, «Kelsen vede nella democratizzazione della produzione normativa infra-legislativa una tendenza anti-democratica, perché tale da deviare dalla regola generale democraticamente adottata. Se concettualmente la norma concretizzante della legge generale può farsi in modo democratico, strutturalmente tale democratizzazione si mostra anti-democratica rispetto alla produzione della norma che vale per tutti ed è varata dall'organo che rappresenta l'insieme degli elettori. Dunque, e di nuovo concettualmente, un'amministrazione autocratica può meglio servire una legislazione democratica».

«un'organizzazione salda e relativamente stabile degli elettori in partiti» (non già partiti politici «che si formano soltanto in vista di una determinata elezione»); 3. spetta esclusivamente al «partito politico i cui interessi risultano danneggiati» proporre «l'inizio del procedimento che porta alla perdita del mandato» (non già al Parlamento, che potrebbe «proteggere» il parlamentare, specie se di maggioranza); 4. a verificare l'esistenza delle condizioni che possono determinare la decadenza dalla carica deve essere «un tribunale indipendente ed imparziale». Cfr. H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, cit., pp. 157-158; e Id., *Essenza e valore della democrazia*, cit., pp. 82-85.

⁵⁹ Su tali aspetti, anche per i necessari riferimenti alla sterminata letteratura che da più angolazioni si è occupata del tema, sia permesso rinviare ad A. GUSMAI, *Il Gruppo parlamentare. Profili evolutivi di un soggetto della rappresentanza politica*, Bari, 2019, pp. 172-184 e pp. 254-295.

⁶⁰ Si veda H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., pp. 55-65, il quale ammonisce: «solo l'illusione o la ipocrisia può credere che la democrazia sia possibile senza partiti politici».

⁶¹ È proprio Kelsen ad auspicare esattamente una «trasformazione dei partiti politici in organi costituzionali della formazione della volontà dello Stato» (v. H. Kelsen, *op. ult. cit.*, p. 103, corsivo aggiunto).

Ciò significa, ad esempio, che qualora si decidesse di mettere mano al Titolo V della nostra Costituzione, non solo alcune delle attuali competenze legislative «concorrenti» dovrebbero essere attribuite alla competenza «esclusiva» dello Stato (si pensi a quella sanitaria), ma si dovrebbe anche trovare costituzionalmente il modo di impedire che le Regioni (e, in generale, ogni altro ente fornito di autonomia normativa) «si mettano troppo facilmente in deliberato contrasto con le leggi votate dal parlamento centrale»⁶⁵.

Una soluzione, forse, potrebbe essere quella di dotare precipuamente tali soggetti di competenze normative di rango secondario, ridisegnando l'architettura delle competenze primarie su un modello di Stato amministrativamente «decentrato», ma costituzionalmente in grado per davvero di risultare «un[o] e indivisibile»⁶⁶.

Del resto, tale ultimo ambizioso risultato, seppur all'interno di una società molto più complessa di quella che aveva sotto gli occhi il Maestro praghese, non si capisce come possa essere ottenuto se non ripartendo dalla centralità del Parlamento e dalla smarrita forza della sua fonte: la legge.

SINTESI DEI CONTRIBUTI/ ABSTRACT

⁶⁵ H. Kelsen, *La democrazia*, in ID., *Il primato del parlamento*, cit., p. 17, il quale premette: «Se il territorio dello stato viene suddiviso in grandi circoscrizioni amministrative, le province, e queste a loro volta in circoscrizioni più piccole, i distretti, e l'amministrazione di questi territori viene affidata – in armonia con l'idea di democrazia – a collegi eletti dai cittadini degli stessi territori in modo che al disotto del governo centrale vi sia immediatamente la rappresentanza della provincia e al di sotto di questa la rappresentanza del distretto, allora è più che probabile che questi organi di autogoverno – specie se la loro composizione politica, i loro rapporti di maggioranza sono diversi da quelli dell'organo legislativo centrale – non considereranno affatto loro scopo supremo la legittimità dei loro atti ma si metteranno troppo facilmente in deliberato contrasto con le leggi votate dal parlamento centrale. La volontà del tutto – quale si esprime attraverso l'organo legislativo centrale – rischia di essere paralizzata dalla volontà della parte – quella espressa dai singoli organi di autogoverno». Ecco perché, conclude Kelsen, un ordinamento statale che si scompone in vari enti minori deve preferibilmente essere «un sistema che unisce elementi democratici ed autocratici».

⁶⁶ Come vuole che sia l'art. 5 della Carta repubblicana. Naturalmente ciò non esclude che ciascuna Regione, come del resto è per i Comuni, le Province e le Città metropolitane, possa avere colori politici diversi da quelli dello Stato. Non è in discussione il pluralismo politico-istituzionale. La questione, piuttosto, riguarda propriamente l'ordine delle fonti e (il disordine) delle competenze tra i vari enti dotati di autonomia. Inoltre, a beneficiarne sarebbe anche la mole del contenzioso pendente dinanzi al giudice delle leggi, non a caso negli ultimi anni orientato a «riportare al centro» le competenze legislative di quelle che sono state definite dalla stessa Consulta materie c.d. «trasversali». In argomento, v. A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2013, pp. 163 ss.

Il contrasto alla corruzione e le possibilità offerte dalle nuove tecnologie di ANDREA PERTICI

Ad introduzione del Convegno, la relazione dapprima descrive la disciplina vigente in Italia in tema di contrasto alla corruzione, ripercorrendo gli interventi normativi, tra i quali rimane centrale la legge “Severino” (l. 190/2012), con il ruolo strategico assunto dall'Autorità Nazionale Anticorruzione. Su questo sistema di “prevenzione” alla corruzione, finalmente adottato nel nostro Paese si esprime un giudizio sostanzialmente positivo, con l'auspicio che non si ridimensioni, specialmente in una stagione nella quale, per rilanciare l'economia dopo la crisi dovuta alla pandemia, saranno impegnate ingenti risorse pubbliche. Infine, la relazione valorizza il ruolo della tecnologia, a partire dalla digitalizzazione della p.a., funzionale non solo a garantire più ampia trasparenza amministrativa ma anche alla realizzazione, mediante l'impiego di nuove forme di intelligenza artificiale, di controlli pubblici più efficaci.

Introducing the Conference, at first the report describes the regulations regarding the fight against corruption in force in Italy, retracing the regulatory interventions, among which the "Severino" law (l. 190/2012) remains central, with the strategic role assumed by the National Anti-Corruption Authority. A substantially positive judgment can be expressed on this corruption "prevention" system finally adopted in our country, with the hope that it will not be resized, especially in a season in which, to relaunch the economy after the crisis due to the pandemic, huge public resources will be committed. Finally, the report enhances the role of technology, starting from the digitization of the public administration, functional not only to guarantee wider administrative transparency but also to the realization, through the use of new forms of artificial intelligence, of more effective public controls.

Trasparenza, informatica e prevenzione alla corruzione di ANNA MARIA NICO

Il presente lavoro analizza gli effetti della diffusione ed implementazione delle tecnologie delle informazioni e comunicazioni sull'efficienza della pubblica amministrazione. La digitalizzazione può costituire un valido strumento per rendere più “trasparente” l'amministrazione e in tal modo prevenire la corruzione. L'accesso e la circolazione delle informazioni funzionali alla corretta azione amministrativa non possono, però, sacrificare altri diritti costituzionalmente garantiti, come il diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali.

This paper analyses the effects of the diffusion and implementation of information and communication technologies on the efficiency of the public administration. Indeed digitization can be a valuable tool to make the administration more “transparent” and prevent corruption. The access and circulation of information for efficient administrative actions may not, however, sacrifice other constitutionally guaranteed rights such as the right to privacy and the protection of personal data.

Tecnologia e repressione della corruzione di CARLO LONGOBARDO

Il presente lavoro si propone di analizzare il ruolo della tecnologia in campo penalistico, con particolare riferimento all'ambito della Pubblica Amministrazione. In particolare, sono due gli aspetti fondamentali: il primo è quello riguardante il piano degli strumenti probatori, la cui intrinseca invasività può spesso comportare preoccupanti violazioni offensive dei principi e dei diritti fondamentali dei cittadini. Il secondo concerne la possibilità di utilizzare positivamente la tecnologia, a fini di semplificazione burocratica. Questi due aspetti vengono analizzati e confrontati con i principi fondamentali del diritto penale dello Stato sociale di diritto, al fine di verificarne rispondenze e criticità con i valori espressi da tali principi.

This paper aims to analyze the role of technology in the criminal law field, with particular reference to the Public Administration area. In particular, there are two fundamental aspects: the first is that concerning the level of probative instruments, whose intrinsic invasiveness can often cause worrying offensive violations of the principles and fundamental rights of citizens. The second concerns the possibility of using technology positively, for the purpose of bureaucratic simplification. These two aspects are analyzed and compared with the fundamental principles of the criminal law of the social state of law, in order to verify their correspondence and criticality with the values expressed by these principles.

Giusto procedimento telematico e anticorruzione di LUCA PEDULLÀ

La digitalizzazione e la semplificazione dei procedimenti amministrativi della P.A. sono temi cruciali non più rinviabili, non solo al fine di dare concretezza allo sviluppo economico del Paese, ma anche per realizzare un nuovo e più efficiente ed efficace modello funzionale della stessa P.A.

Procedimento telematico che, a cascata, obbliga lo Stato di permettere a tutti i cittadini di superare il digital divide, abbattendo le barriere informatiche che dividono il Paese, pena la violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione.

Procedimento telematico che deve essere "giusto" ossia quale sequenza ordinata di atti che vanno dalla fase dell'iniziativa partecipativa telematica (che non esclude anche quella materiale, fisica) allo svolgimento dell'istruttoria, sino all'obbligo di motivazione razionale del provvedimento finale e della sua integrazione dell'efficacia. Così inteso, esso si pone (anche) quale forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi nonché di riavvicinamento del cittadino alla P.A.

The digitization and simplification of the administrative procedures of public administration are crucial issues that can no longer be postponed, not only in order to give substance to the country's economic development, but also to create a new, more efficient and effective functional model of public administration itself.

Online procedures increasingly oblige the state to allow all its citizens to overcome the digital divide, breaking down the IT barriers that divide the country. In case this is not done, it violates the principles of sound administration and impartiality of the administration.

Telematic procedures must be "right", that is, an ordered sequence of acts ranging from the phase of the telematic participatory initiative (which does not exclude the material, physical one) to the conduct of the investigation, to the obligation of rational motivation of the final provision and of its integration of effectiveness. Understood in this way, it is (also) a form of prevention of corruption phenomena as well as bringing the citizen closer to public administration.

Giusto processo telematico e anticorruzione di LUCA LONGHI

Il presente contributo intende riflettere sull'efficacia degli strumenti telematici applicati al concetto costituzionale di giusto processo e alla normativa anticorruzione degli ultimi anni.

Saranno, altresì, svolte alcune considerazioni inerenti all'emergenza sanitaria in corso, che ha reso maggiormente attuali tali temi.

This contribution intends to reflect on the effectiveness of telematic tools applied to the constitutional concept of due process and the anti-corruption legislation of recent years.

Some considerations will be dedicated to the ongoing health emergency, which has made these issues even more relevant.

E-procurement e anticorruzione di GIANCARLO SORRENTINO

Il saggio considera trasparenza e prevenzione della corruzione come nuova endiadi della funzione amministrativa, individuando i contratti pubblici quale ambito privilegiato per sperimentarne le potenzialità benefiche. In particolare, si pone l'attenzione sull'*e-procurement* quale sede di elezione per verificare se ed in che misura trasparenza e anticorruzione possano concretamente favorire la buona amministrazione. In questa prospettiva, si esamina il fenomeno dell'*e-procurement*, attraverso la sua emersione in Italia e nell'Unione Europea e si accenna alle norme comunitarie e interne più significative. Si colgono le capacità taumaturgiche dell'istituto a garanzia della legalità dell'azione amministrativa e della qualità dei risultati, ma si deve constatare, sul piano nazionale, una distonia tra il dover essere e l'essere, tanto da ritenere che la strada da percorrere per la piena affermazione dell'*e-procurement* e dei suoi benefici, ancora, non è poca.

The paper considers transparency and prevention of corruption as the new hendiads of the administrative function identifying public contracts as a privileged area of application to prove their useful potentialities. In particular, the article aims at investigating the *e-procurement* as selected seat to verify whether and to what extent transparency and anticorruption can actually ensure good administration. To this aim the investigation analyzes the *e-procurement* as a new legal procedure, from its origins at EU and National level, individuating the most significant European and Italian applicable provisions.

Thanks to the aforementioned analysis it becomes evident how *e-procurement* procedures have the capabilities to ensure both lawful administrative action and good quality of the results, but it is also evident, at least at National level, how the road towards the complete and full implementation of e-procuring is still long to go.

La corruzione vinta dall'egoismo: dalla logica degli adempimenti alla responsabilità verso i risultati

di ANTONIO LEO TARASCO

Lo scritto individua le cause profonde della corruzione, secondo un approccio liberale, nella dissociazione tra proprietà delle risorse pubbliche e loro relativa gestione: in ciò si radica il diffuso disinteresse e la scarsa attenzione verso un utilizzo oculato delle risorse pubbliche; da ciò deriva anche la tendenza al mercimonio della funzione pubblica. Per contrastare il fenomeno corruttivo, si propone di capovolgere l'impostazione tradizionale, riavvicinando i due elementi (proprietà e gestione) attraverso una intensa motivazione dei singoli agenti pubblici verso il raggiungimento di determinati obiettivi: la responsabilizzazione verso il raggiungimento di determinati risultati (così come la penalizzazione, nel caso di loro mancato raggiungimento) sono - in luogo degli adempimenti formali incentrati sui singoli momenti dei diversi procedimenti - i fattori che meglio motivano gli impiegati verso la più oculata gestione delle risorse pubbliche assegnate e, di conseguenza, la riduzione dei fenomeni corruttivi. A supporto delle tesi esposte, vengono analizzati anche gli ordinamenti statunitensi, britannici e tedeschi.

According to a liberal approach, the author identifies the root causes of corruption in the dissociation between the ownership of public resources and their relative management: this is rooted in the widespread lack of interest and attention to the prudent use of public resources, which also leads to the tendency to commercialise public functions. In order to combat the phenomenon of corruption, it is proposed to overturn the traditional approach, bringing together the two elements (ownership and management) through an intense motivation of individual public agents towards the achievement of certain objectives: the responsibility towards the achievement of certain results (as well as the penalty, in case of failure to achieve them) are - instead of the formal obligations focused on the individual moments of the various procedures - the factors that best motivate employees towards the more prudent management of public resources allocated and, consequently, the reduction of corruption. In support of these theses, the US, UK and German systems are also analysed.

La prevenzione dei fenomeni corruttivi e l'uso delle tecnologie nel sistema delle procedure selettive

di FRANCESCO ARMENANTE

Nella relazione, dopo una prima trattazione dei principi generali che rilevano in sede di celebrazione della gara e delle relative finalità di prevenzione dei fenomeni corruttivi, si descrivono le ragioni in base alle quali il ricorso alle gare telematiche comporta indubbi vantaggi in termini di adempimenti modali e di alleggerimento di inutili formalismi.

Si è ancora evidenziato che, da un lato, si riducono i rischi in capo ai concorrenti, riconnessi alle sanzioni espulsive per il mancato rispetto di prescrizioni del regolamento di gara funzionali alla segretezza dell'offerta ed alla sua immutabilità; dall'altro, vengono ridotte anche le possibili ipotesi di contestazione e di annullamento delle operazioni di gara qualora non risultino pienamente garantiti alcuni dei principi regolatori della materia e che, anche in assenza di una esplicita previsione normativa, erano funzionali a garantire imparzialità, trasparenza e *par condicio* (si pensi al rispetto del principio di pubblicità delle operazioni di gara, agli oneri dichiarativi sulle modalità di conservazione dei plichi *et similia*). Al contempo sono stati descritti i risvolti positivi dell'uso delle tecnologie, che consentono di prevenire fenomeni corruttivi posto che, ad esempio, l'immutabilità dei *file* (recanti la domanda di partecipazione e l'offerta) evita i rischi di possibili alterazioni o manomissioni della documentazione prodotta dall'impresa, così come la marcatura temporale dell'offerta impedisce (almeno in tesi) la sostituzione di quella prodotta in gara, durante la celebrazione della stessa.

Si è sottolineato, infine, che la gestione telematica di una gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immutabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta.

In the paper, after dealing with general principles that are relevant in public procurement procedures and their aim to prevent corruption phenomena, the reason why *e-procurement* has undoubtable advantages in terms of fulfilment and useless formalisms are described.

Then, the paper highlights that this mode reduces the risks for the tenderers to be excluded for not having fulfilled the immutability and secrecy of the offer, and, on the other hand, hypothetical controversies, that happen when the basic principles that aim to guarantee impartiality, transparency and *par condicio* (e.g., advertising of the tender operations, declaration on the storage of packages, *et similia*) are reduced. At the same time, the work deals with positive results deriving from the use of technologies, that can prevent corruption phenomena: for example, the immutability of the *files* (with tender and application form), avoids risks of possible alterations or tampering of the documents produced by the tenderer, such as the time stamp of the tender avoids (at least it should) the substitution of the one previously produced, during the celebration of the procedure.

In the end, the paper underlines that *e-procurement* offers a bigger advantage in keeping safe and intact the tenders, by permitting automatically to open the envelopes after the previous phase and guaranteeing their immutability, along with the traceability of every single operation.

Tecnologia, anticorruzione e gestione degli interessi nella pubblica amministrazione di MARCO GALDI

Dopo aver definito in termini di strumentalità il rapporto tanto della tecnologia quanto dell'anticorruzione con la cura degli interessi (e parimenti di strumentalità della tecnologia alla lotta alla corruzione), l'intervento si sofferma sulle possibilità offerte dall'applicazione della tecnologia alla trasparenza amministrativa nel caso delle relazioni con le *lobbies*; nonché sull'applicazione del telelavoro e della *blockchain* in funzione anti-corruttiva. Infine, entra nel vivo del tema esaminando il luogo ove per eccellenza sono ponderati gli interessi, l'istruttoria amministrativa, sia nelle applicazioni della partecipazione telematica che dell'istruttoria per algoritmi. Se quest'ultima appare auspicabile, remore, anche dalla lettura della giurisprudenza e della scarsa normativa soprattutto di fonte sovranazionale, sussistono nel prefigurare una vera e propria "decisione amministrativa per algoritmi". Di fronte alla tumultuosità dei cambiamenti nella pubblica amministrazione determinati dalle nuove tecnologie, in ogni caso, si riafferma conclusivamente il ruolo primario della Costituzione, ricorrendo ai cui principi è ancora possibile rinvenire un saldo ancoraggio per discernere e risolvere questioni nuove, che tuttavia mettono in discussione valori antichi.

After having defined in terms of instrumentality the relationship between technology – as well as anticorruption – and the care of interests (and likewise of the instrumentality of technology in the fight against corruption), this paper underlines the possibilities offered by the application of technology to administrative transparency in the case of the relationships with lobbies, as well as the application of telework and blockchain in anticorruption function. Finally, getting to the heart of the topic, it examines the place par excellence where interests are weighted, namely the administrative inquiry, both in the applications of telematic participation and in the investigation by algorithms. If the latter appears desirable, hesitations, which also arise from the reading of jurisprudence and from the sparse legislation (especially of supranational sources), remain in prefiguring a real "administrative decision making by algorithms." Considering the hectic changes in public administration due to new technologies, the author conclusively reaffirms the primary role of Constitution, whose principles are still a solid anchor in order to distinguish and solve new problems, which nonetheless question ancient values.

Conclusioni del convegno "Tecnologia e anticorruzione " di SALVATORE PRISCO

Le conclusioni sintetizzano i contenuti essenziali delle relazioni, richiamando la recente legislazione italiana contro la corruzione (anche in esecuzione di obblighi internazionali) e auspicando il rafforzamento di sanzioni sociali reputazionali e non solo giuridiche contro gli autori degli illeciti.

The conclusions summarize the essential contents of the speeches, the contents of the recent Italian legislation against corruption (also through the implementation of international commitments) and to hope for stronger social penalties with reputational aspects and not only legal against the perpetrators of the illegal acts.

Il rilancio dell'economia attraverso aiuti statali proattivi e condizionati di GIOVANNI LUCHENA

Il saggio affronta alcune delle tematiche connesse alle misure per contrastare la crisi economica causata dall'emergenza pandemica. Si pone in luce, in particolare, il tema degli aiuti di Stato quale strumento non soltanto di sostegno puro e semplice in favore delle imprese ma anche quale volano per programmare la ripresa economica. Si pongono in evidenza le modalità applicative del nuovo quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato, fra novità e ancoraggio giuridico alla impostazione originaria. Si rilevano segnali significativi come l'accresciuta importanza riservata alle misure per la coesione economica e sociale e per la transizione verde in un'ottica di rinnovato slancio dello Stato quale attore nell'economia.

The essay deals with some of the issues related to the measures to counter the economic crisis triggered by the pandemic emergency. In particular, state aid law is highlighted as an instrument not only to support enterprises but also as a driving force for planning economic recovery. The application methods of the new temporary framework on state aid are highlighted, between novelty and legal anchoring to the original approach. Significant signs are underlined such as the increased importance given to the economic and social cohesion principle and to the green transition.

Prospettive di convergenza tra sostenibilità ambientale
e sviluppo economico nella strategia italiana
di contrasto al cambiamento climatico:
il caso delle Zone Economiche Ambientali
di CARLA ACOCELLA

Il contributo analizza le prospettive schiuse dall'istituzione e dal funzionamento a regime delle zone economiche ambientali (di seguito ZEA), collocandole nel solco delle politiche che si propongono di contemperare obiettivi di tutela dell'ambiente ed in particolare di contrasto al cambiamento climatico, da un lato, e target di sviluppo economico, dall'altro lato. Le forme di incentivazione di attività economiche sostenibili in cui si traducono le ZEA sono declinate in maniera composita nel segno dell'intreccio tra crescita economica, inclusione sociale e tutela ambientale: finalità che percorrono l'Agenda 2030 delle Nazioni Unite, il Green New Deal e la Strategia Europa 2020. Il lavoro esamina il percorso compiuto a partire dalla legge quadro del 1991 nella direzione di incentivare le attività condotte nelle aree protette, sino alla istituzione delle ZEA con il Decreto Clima e alle misure di politica economica sostenibile dettate dalle ultime leggi di bilancio e dagli interventi a contenimento dell'emergenza pandemica da Covid-19.

The paper analyzes the perspectives opened by the introduction and functioning of the Environmental Economic Zones (hereinafter EEZ), placing them among policies aimed to reconcile objectives of environmental protection and of fighting climate change, on the one hand, and targets of economic development, on the other hand. The incentives for sustainable economic activities which are represented by the ZEA are aimed to achieve economic growth, social inclusion and environmental protection: goals that underlie the United Nations 2030 Agenda, the Green New Deal and the Europe 2020 Strategy. The essay examines the path followed starting from the 1991 "Framework Law" in the direction of encouraging activities conducted in protected areas, up to the introduction of the ZEA by the Climate Decree and the other economic sustainable policy measures laid down by the latest finance laws and by legislation to contrast the Covid-19 pandemic.

Cosa resta della discrezionalità legislativa?
A proposito di due recenti pronunce della corte
costituzionale in tema di maternità surrogata
di PAOLO ZICCHITTU

Partendo da due recenti decisioni della Corte costituzionale in materia di maternità surrogata e tutela del superiore interesse del minore (sentenze nn. 32 e 33 del 2021), il presente saggio si propone di riflettere sull'attuale configurazione della discrezionalità legislativa e, più in generale, sullo stato dei rapporti, che intercorrono tra Parlamento e giudice delle leggi. Più specificamente, il contributo evidenzia i diversi impieghi che della discrezionalità del legislatore sono stati fatti nel corso del tempo da parte della Corte, provando anche a riflettere in modo critico sugli spazi di autonomia che conseguentemente residuano in capo alle Camere. In questa prospettiva, l'articolo prova a tracciare una possibile evoluzione del principio di separazione dei poteri di fronte all'inerzia del legislatore e alla necessità di garantire l'esercizio dei diritti fondamentali.

Starting from two recent decisions of the Italian Constitutional Court on surrogacy and best interest of the child protection (judgments nos. 32 and 33 of 2021), this essay aims to reflect on the current configuration of legislative discretion and, more generally, on relationships between Parliament and the "judge of laws". More specifically, the contribution highlights the various uses of legislative discretion that have been made by the Court during its jurisprudential activity, seeking to reflect on the spaces of autonomy that consequently remain in the hands of Parliament. From this standpoint, the article critically appraises a possible evolution of the principle of separation of powers in the face of the inertia of the legislator and the need to guarantee the exercise of fundamental rights.

Pequena Crónica Constitucional da Pandemia de COVID-19 no Portugal de 2020 di VASCO PEREIRA DA SILVA

Desde o início da crise, em Portugal como nos demais países, a situação de saúde tem mostrado uma sucessão de altos e baixos, dando origem a sucessivas ondas, que vão e vêm, de um vírus bipolar. Esse comportamento ciclotímico do vírus determinou sucessivos momentos de vigência de “estado de emergência”, declarado nos termos da Constituição, entrecortados por outros, em que se verifica a aplicação de regras decorrentes de situações excepcionais, fundamentadas na Lei de Bases da Proteção Civil. Ora, do ponto de vista constitucional, e por paradoxal que pareça, estes últimos períodos, aparentemente “mais leves e flexíveis”, porque desprovidos das garantias constitucionais, previstas para circunstâncias excepcionais, são na prática muito mais perigosos e suscetíveis de lesar os direitos dos indivíduos. Até porque, em Portugal, não existe – e é imperiosa a sua criação – uma lei especial de emergência sanitária, especificamente projetada para resolver as crises da saúde de uma forma efetiva e proporcional, garantindo ao mesmo tempo os direitos dos indivíduos.

De seguida, são analisadas duas decisões administrativas de política pública de gestão de resíduos em tempos de emergência, de manifesta inconstitucionalidade. O que é muito curioso, pois o direito fundamental ao ambiente nunca foi incluído entre os direitos declarados suspensos em situação de estado de emergência, muito embora tenham surgido, no contexto da pandemia, algumas medidas restritivas de matéria ambiental violadoras das normas constitucionais, como aquelas de que aqui tratamos.

Since the beginning of the crisis, in Portugal as in other countries, the health situation has shown a succession of ups and downs, giving rise to successive waves that come and go of a bipolar virus. This cyclothymic behaviour of the virus determined successive moments of “state of emergency”, declared under the Constitution, interspersed with others, in which the application of exceptional rules was based on the Law on Civil Protection. From the constitutional point of view, and paradoxical as it may seem, these last periods, apparently “lighter and more flexible”, because lacking the constitutional guarantee of the declaration of the “state of emergency”, are in practice much more danger-

ous and likely to harm the rights of the individuals. It is also necessary to add that, in Portugal, there is no special health emergency law - whose creation is imperative, by the way -, specifically designed to solve health crises in an effective and proportional way, while guaranteeing the rights of individuals. Follows the analysis of two administrative decisions of public policy for waste management in time of emergency, which are manifestly unconstitutional. We are facing a curious and paradoxical situation, as the fundamental right to the environment has never been included among the rights declared suspended in the state of emergency, even though some restrictive environmental measures, like the ones we are appreciating here, practiced in the context of pandemic, violate constitutional norms.

Dall'inizio della crisi, in Portogallo come in altri Paesi, la situazione sanitaria ha mostrato una serie di alti e bassi, registrando ondate successive di Covid-19. Questo comportamento “ciclotimico” del virus ha determinato il succedersi di “stati di emergenza” dichiarati dalla Costituzione, intervallati da altri, in cui l'applicazione delle norme eccezionali ha trovato il proprio fondamento nella disciplina in tema di Protezione Civile. Dal punto di vista costituzionale, per quanto paradossale possa sembrare, questi ultimi periodi, apparentemente “più leggeri e flessibili”, perché privi della garanzia costituzionale della dichiarazione dello “stato di emergenza”, si sono rivelati, di fatto, molto più pericolosi, in quanto suscettibili di ledere i diritti individuali. Si rileva, peraltro, che in Portogallo non esiste una legge speciale per l'emergenza sanitaria - la cui adozione è, tra l'altro, divenuta ormai improcrastinabile -, pensata specificamente per risolvere le crisi sanitarie in modo efficace e proporzionale, garantendo, nel contempo, i diritti delle persone. Segue l'analisi di due decisioni amministrative di ordine pubblico per la gestione dei rifiuti in tempo di emergenza, chiaramente incostituzionali. Si registra, infatti, una situazione paradossale, in quanto il diritto fondamentale all'ambiente non è mai stato inserito fra quelli dichiarati sospesi nello stato di emergenza; eppure, alcune misure restrittive in tema di ambiente, come quelle adottate nel contesto della pandemia ed analizzate nel contributo, violano recisamente la Costituzione.

Attualità di Carl Schmitt: un cattivo maestro e la sua ineludibile lezione di SALVATORE PRISCO

L'articolo ripercorre la lunga e controversa vita del giurista Carl Schmitt (Plettenberg, 1888 – 1985) e ne ricostruisce le linee essenziali del pensiero. Si sofferma poi in particolare sul suo studio *La Dittatura* (1921), della cui pubblicazione ricorre quest'anno il centenario, proponendo una comparazione tra l'istituto nella sua figura commissariale, impiegata nell'antica Roma repubblicana per gestire le emergenze e gli strumenti ai quali si è fatto oggi ricorso in Italia per contrastare l'evento pandemico.

The article retraces the long and controversial life of the jurist Carl Schmitt (Plettenberg, 1888 – 1985) and reconstructs the essential lines of his thought. It then focuses in particular on his study *The Dictatorship* (1921), whose publication this year marks the centenary, proposing a comparison between the institute in its commissioner figure, employed in ancient republican Rome to manage emergencies and the measures used today in Italy to contrast the pandemic.

Appunti a margine del Kelsen "parlamentarista", teorico di una concezione realistica della democrazia di ANTONIO GUSMAI

Il contributo si occupa, in chiave costituzionale, del Kelsen teorico della democrazia. Il fine è precipuamente quello di mostrare, da un lato, l'importanza di alcuni postulati in grado di offrire una migliore comprensione della stessa *Reine Rechtslehre*; dall'altro, in un momento storico in cui a versare in profonda crisi all'interno delle democrazie costituzionali sono soprattutto le Assemblee legislative, quello di riscoprire l'attualità di alcuni rimedi suggeriti dallo studioso praghese al «problema del parlamentarismo».

The contribution deals, from a constitutional perspective, with the theoretical Kelsen of democracy. The main purpose is to show, on the one hand, the importance of some postulates capable of offering a better understanding of the *Reine Rechtslehre* itself; on the other, the aim is to rediscover the relevance of some remedies suggested by the Prague scholar to the "problem of parliamentarism", in a historical moment characterized by a deep crisis of the legislative Assemblies within constitutional democracy.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

CARLA ACOCELLA, Professoressa associata di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi "Suor Orsola Benincasa" di Napoli
(carla.acocella@unisob.na.it)

FRANCESCO ARMENANTE, Professore aggregato di Scienza dell'amministrazione nell'Università degli Studi di Salerno
(farmenante@unisa.it)

MARCO GALDI, Professore associato di Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Salerno
(mgaldi@unisa.it)

ANTONIO GUSMAI, Ricercatore TDb di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Bari "A. Moro"
(antonio.gusmai@uniba.it)

LUCA LONGHI, Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università Telematica Universitas Mercatorum di Roma
(luca.longhi@unimercatorum.it)

CARLO LONGOBARDO, Professore ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Napoli, Federico II
(carlo.longobardo@unina.it)

GIOVANNI LUCHENA, Professore ordinario di Diritto dell'economia nell'Università degli Studi di Bari "A. Moro"
(giovanni.luchena@uniba.it)

ANNA MARIA NICO, Professoressa ordinaria di Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Bari "A. Moro"
(annamaria.nico@uniba.it)

LUCA PEDULLÀ, Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi "Kore" di Enna
(luca.pedulla@unikore.it)

VASCO PEREIRA DA SILVA, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Professor Catedrático Convidado da Universidade Católica Portuguesa
(vasco@fd.ulisboa.pt)

ANDREA PERTICI, Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Pisa
(andrea.pertici@unipi.it)

SALVATORE PRISCO, già Professore ordinario di Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Napoli, Federico II
(salvatore.prisco@unina.it)

GIANCARLO SORRENTINO, Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Salerno
(gisorrentino@unisa.it)

ANTONIO LEO TARASCO, Dirigente del Ministero della cultura, A.S.N. ordinario di Diritto amministrativo
(leo.tarasco@gmail.com)

PAOLO ZICCHITTU, Ricercatore di Tipo B di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca
(paolo.zicchittu@unimib.it)

Prossima iniziativa della Rivista, in collaborazione con
il Dipartimento di Scienze Economiche e Giuridiche
dell'Università di Salerno

Convegno Internazionale
“*L'attuazione nazionale del Recovery Fund
e il futuro dell'Europa*”
Salerno, 21-22 ottobre 2021

La possibilità che avremo come Comunità nazionale di rilanciare l'economia, i consumi e l'occupazione, nel rispetto dell'ambiente, in sintesi il futuro stesso del nostro Paese, dipenderà in modo significativo dalla capacità che metteremo in campo di realizzare con coerenza ed efficacia il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, di recente approvato dalle Istituzioni europee. Ma, indubbiamente, nei prossimi anni è in ballo il futuro stesso dell'Europa, il modo in cui riuscirà ad assicurare forme adeguate di coesione economico-sociale e di sviluppo sostenibile, riuscendo così a conservare un sufficiente grado di consenso da parte dei cittadini europei.

Come accademici riteniamo di essere chiamati a fare la nostra parte nel riflettere sulle dinamiche economiche, ambientali e sociali in atto, analizzandone le prospettive e contribuendo, in tal modo, al conseguimento degli obiettivi che le Istituzioni, nel dialogo con la società civile e con il mondo economico, si propongono di realizzare.

In questa ottica la Rivista *PasSaggi Costituzionali*, in collaborazione con il Dipartimento di Scienze Economiche e Statistiche dell'Università di Salerno, ha organizzato per il prossimo autunno il convegno “L'attuazione nazionale del *Recovery Fund* e il futuro dell'Europa”, che si propone, dapprima, di definire una cornice economica del processo in atto (la prima sessione sarà intitolata “Il *Recovery Fund* tra sviluppo e coesione economico-sociale”), aprendo così alle successive riflessioni dei giuristi che occuperanno le ulteriori sessioni, rispettivamente dedicate al tema “Europa, Stato e autonomie territoriali: la governance multilivello dal *Recovery Fund* al *Recovery Plan*”, “Le “condizionalità” del *Recovery Plan*” e “Altre esperienze europee per il rilancio dell'economia post-Covid 19”.

Di seguito si pubblica il programma ufficiale.

Convegno internazionale
L'attuazione nazionale del Recovery Fund e il futuro dell'Europa

Aula Magna dell'Università di Salerno
21 - 22 ottobre 2021

Giovedì 21 ottobre, ore 10,00

Saluti

PROF. VINCENZO LOIA
Rettore dell'Università di Salerno

PROF. SERGIO PIETRO DESTEFANIS
Direttore del Dipartimento di Scienze Economiche e Statistiche

PROF. RI ANNA MARIA NICO E SALVATORE PRISCO
Direttori della Rivista “PasSaggi Costituzionali”

Introduzione

PROF. GIOVANNI PITRUZZELLA
Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia dell'Unione Europea
L'evoluzione dell'U.E. dopo il Recovery Fund

PRIMA SESSIONE, ORE 11,00
IL *RECOVERY FUND* TRA SVILUPPO E COESIONE ECONOMICO-SOCIALE

Presiede

PROF. ADALGISO AMENDOLA
Università degli Studi di Salerno

Relazioni

PROF. SERGIO PIETRO DESTEFANIS
Università degli Studi di Salerno
Spesa pubblica e sviluppo: una prospettiva storica

Dott. Walter Tortorella
Anci - Ifel
La dimensione territoriale del PNRR

Dott. Luca Bianchi
Direttore Svimez
L'impatto del PNRR sulla coesione economica e sociale

SECONDA SESSIONE, ORE 15,30
EUROPA, STATO E AUTONOMIE TERRITORIALI: LA GOVERNANCE MULTILIVELLO
DAL *RECOVERY FUND* AL *RECOVERY PLAN*

Presiede

PROF. SALVATORE PRISCO
già Università degli Studi di Napoli “Federico II”

Relazioni

PROF.SSA FIAMMETTA SALMONI
Università degli Studi “Guglielmo Marconi”
La governance europea del Next Generation EU

PROF. CARLO IANNELLO
Università della Campania “Luigi Vanvitelli”
Il ruolo della BCE e del SEBC

PROF. GIANCARLO MONTEDORO
Presidente VI Sezione del Consiglio di Stato
Il ruolo di Governo e Parlamento nell’elaborazione e nell’attuazione del PNRR

PROF. ANDREA PATRONI GRIFFI
Università della Campania “Luigi Vanvitelli”
Il ruolo del sistema delle Autonomie territoriali nel PNRR

Conclusioni

PROF. VINCENZO TONDI DELLA MURA
Università del Salento

Venerdì 22 ottobre

TERZA SESSIONE, ORE 9,30
LE “CONDIZIONALITÀ” DEL *RECOVERY PLAN*

Presiede

PROF. ALDO LOIODICE
già Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”

Relazioni

PROF.SSA ANNA PAPA
Università degli Studi di Napoli “Parthenope”
La riforma della Pubblica Amministrazione

PROF. GIOVANNI VERDE
Università di Roma “La Sapienza”
La riforma della giustizia

PROF. GIOVANNI LUCHENA
Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”
La transizione ecologica

PROF.SSA ROBERTA CALVANO
Università di Roma “La Sapienza”
Cultura, istruzione e ricerca

PROF.SSA ELISABETTA CATELANI
Università degli Studi di Pisa
Coesione sociale e politiche per la salute

PROF.SSA ANNA MARIA POGGI
Università degli Studi di Torino
La riduzione dei divari territoriali e sociali tra Nord e Sud nel PNRR

Conclusioni

PROF.SSA ANNA MARIA NICO
Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”

QUARTA SESSIONE, ORE 15,30
ALTRE ESPERIENZE EUROPEE PER IL RILANCIO DELL'ECONOMIA POST-COVID 19

Presiede

PROF.SSA DANIELA VALENTINO
Università degli Studi di Salerno

Relazioni

PROF. JAN SAWICKI
Università degli Studi di Roma “La Sapienza”
*Il rispetto dello Stato di diritto come condizione generale
per l'accesso al Recovery Fund. I casi di Ungheria e Polonia*

PROF. CHARALAMPOS ANTHOPOULOS
Università degli Studi di Patras
L'esperienza greca

PROF. VASCO PEREIRA DA SILVA
Università degli Studi di Lisbona
Il caso del Portogallo

PROF. JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO
Università degli Studi di Valencia
Il caso della Spagna

Conclusioni

PROF.SSA LORENZA VIOLINI
Università degli Studi di Milano “Statale”

