

COSTITUZIONE E AMMINISTRAZIONE

L'AMMINISTRAZIONE NELL'ASSETTO COSTITUZIONALE DEI POTERI PUBBLICI

Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli

Tomo I



G. Giappichelli Editore

Il volume, dedicato al prof. Vincenzo Cerulli Irelli, trae spunto dal convegno tenutosi il 7 maggio 2019 nella Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza in occasione della Giornata di studi a lui intitolata. La discussione che è intervenuta ha avuto ad oggetto le più varie tematiche del diritto pubblico, dal rapporto tra amministrazione e Costituzione alla europeizzazione del diritto amministrativo, alle situazioni giuridiche protette, al diritto privato nell'amministrazione, al diritto della proprietà e dell'impresa pubblica; ciò a testimonianza dell'ampio contributo che il prof. Cerulli Irelli ha dato alla scienza giuspubblicistica.

La prima sezione dell'opera raccoglie gli scritti dei relatori del convegno, mentre la seconda è composta dai contributi degli autori che hanno aderito all'iniziativa.

I Promotori

LUISA AVITABILE
GAETANO AZZARITI
MARCELLO CLARICH
MARCO D'ALBERTI
MASSIMO LUCIANI
CESARE PINELLI
PAOLO RIDOLA

SEZIONE I

L'AMMINISTRAZIONE NELL'ASSETTO
COSTITUZIONALE DEI POTERI PUBBLICI.
RELAZIONI ALLA GIORNATA DI STUDI

APERTURA DEI LAVORI

Paolo Ridola

Rivolgo anzitutto un ringraziamento al Magnifico Rettore e, a nome della Facoltà di Giurisprudenza, un saluto al nostro onorato, Vincenzo Cerulli Irelli, ai relatori, alle autorità ed a tutti i partecipanti a questa giornata di studi.

Il professor Vincenzo Cerulli Irelli onora da oltre vent'anni, e continua ad onorare tutt'ora con il suo insegnamento la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza. Desidero ricordare che, negli anni nei quali sono stato coordinatore del Dottorato di ricerca in diritto pubblico, Vincenzo Cerulli Irelli è stato uno dei docenti più impegnati, sia nella guida dei giovani dottorandi che nelle iniziative e nei programmi scientifici del Dottorato. Ricordo ancora l'impegno profuso da Vincenzo nella cooperazione con atenei europei, ed in particolare con le Università francesi.

Il programma del Convegno riflette la complessità e la ricchezza della personalità scientifica di Vincenzo Cerulli Irelli, non solo per l'ampiezza dei temi che verranno trattati. Vincenzo Cerulli Irelli rappresenta nella nostra Facoltà in modo autorevole la continuità con una tradizione di studiosi che ha fortemente creduto nella e praticato l'unità della scienza del diritto pubblico e l'integrazione strettissima tra il diritto costituzionale e il diritto amministrativo.

Il professor Vincenzo Cerulli Irelli è invero maestro di robusta formazione dogmatica, ma con una grande apertura alla storia costituzionale ed amministrativa, con una fortissima vocazione alla comparazione, ed una spiccata sensibilità alla comprensione delle trasformazioni del sistema amministrativo e del diritto amministrativo.

Vincenzo Cerulli Irelli ed io abbiamo iniziato la nostra attività di ricerca negli stessi anni, nelle stanze del vecchio Istituto di diritto pubblico, frequentato da un *parterre* eccezionale di maestri, Massimo Severo Giannini, Aldo M. Sandulli, Giuseppe Guarino, Leopoldo Elia. E abbiamo conosciuto una università molto diversa da quella dalla quale ci stiamo allontanando. Era una università di maestri capaci di trasmettere agli allievi una lezione di rigore negli studi e la vocazione all'eccellenza. Ricordo di avere stretto amicizia con Vincenzo, prima che negli anni del comune insegnamento teramano, nella sala di lettura della Biblioteca della Corte dei Conti, che frequentavamo ogni giorno per le nostre ricerche, e nella quale, grazie alla benevola compiacenza dell'allora direttore, che era un nostro amico, avevamo il tavolo carico di libri che rimanevano lì per settimane o per mesi senza che nessuno li rimettesse a posto.

Il mestiere che ho fatto mi ha dato un grande privilegio, quello di poter seguire i giovani attraverso il fluire delle generazioni, e quindi di cogliere, attraverso i giovani, le trasformazioni del mondo e della società in cui viviamo. Trasformazioni alla cui comprensione ci attrezzava l'impegno nella ricerca che proveniva dall'esempio dei nostri Maestri e che è la vera regola etica fondamentale dello studioso.

Nel saluto che ho il piacere e l'onore di portare qui oggi, i sentimenti di amicizia che desidero esprimere a Vincenzo si legano in modo indissolubile al dovere istituzionale, al quale molto volentieri adempio nella mia attuale veste. Un'amicizia, la nostra, cementata dalla colleganza negli anni teramani e poi in questa Facoltà, ed in particolare in questi anni della mia presidenza, durante i quali Vincenzo è stato sempre un consigliere prezioso e leale.

Un ringraziamento affettuoso, carissimo Vincenzo, a nome mio e di tutta la nostra comunità universitaria, per quello che ci hai dato e per tutto quello che continuerai a darci come nostro professore emerito. Grazie di cuore.

NUOVI TERRITORI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

Sabino Cassese

“Ogni trattazione di diritto amministrativo è sempre estesa all’esame dei principi costituzionali” (p. 2).

“I principi costituzionali dell’articolo 43 devono confrontarsi con i principi che nella materia pone il trattato europeo e con quelli sviluppati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia” (p. 312).

“Nell’esperienza del vigente ordinamento, possiamo considerare come dato pacifico che i pubblici uffici e la pubblica amministrazione di cui all’articolo 97 della Costituzione comprendono organismi pubblici e persone giuridiche private” (p. 149).

Così Vincenzo Cerulli Irelli, mosso dal suo gusto per l’esplorazione delle zone di confine, individua, in questo suo ultimo libro *L’amministrazione “costituzionalizzata” e il diritto pubblico della proprietà e dell’impresa*, Giappichelli, Torino, 2019 (che raccoglie e sviluppa anche saggi scritti in precedenza), le tre aree di sviluppo del diritto amministrativo: costituzionalizzazione, europeizzazione, privatizzazione.

Su queste tre aree vorrei svolgere qualche riflessione.

La prima di queste tre trasformazioni radicali del diritto amministrativo avviene attraverso la penetrazione di principi costituzionali nel nostro diritto, penetrazione che è opera diretta ed indiretta della Corte costituzionale. Diretta quando la Corte controlla l’applicazione di singoli principi costituzionali da parte del diritto amministrativo (ad esempio, il rispetto dell’art. 97, che prescrive il concorso per l’accesso ai pubblici uffici). Indiretta quando la Corte chiede ad altri giudici di dare interpretazioni costituzionalmente orientate delle leggi.

La seconda trasformazione, definita europeizzazione, segnala la penetrazione di norme dell’ordinamento giuridico europeo nel diritto amministrativo nazionale, penetrazione che avviene ad opera sia dei trattati europei, sia delle norme comunitarie (regolamenti e direttive), sia delle decisioni della Corte di giustizia dell’Unione Europea.

La terza trasformazione, quella definita privatizzazione, comporta una omologazione del diritto amministrativo al diritto civile. Questa avviene per più strade. In primo luogo, sempre più l’azione amministrativa si svolge in forme privatistiche: basti pensare agli organismi satellite dello Stato, le frange periferiche delle organizzazioni pubbliche, che sono quasi tutti organismi di diritto privato, società o associa-

zioni. In secondo luogo, si registra la progressione delle tecniche contrattuali dell'amministrazione, dovuta allo sviluppo dei moduli convenzionali anche all'interno dello Stato (un esempio è costituito dalle intese Stato – regioni per la realizzazione dell'autonomia differenziata prevista dall'art. 116 Cost.). In terzo luogo, si svolge in forme privatistiche l'azione che possiamo definire laterale delle amministrazioni pubbliche (quando queste si impegnano ad erogare misure compensative dei propri interventi pubblicistici).

La privatizzazione costituisce un fenomeno estremamente complesso. Un esempio è il seguente. A misura che le amministrazioni si indeboliscono, perdendo tecnici e competenze, devono far ricorso a privati, ai quali affidano propri compiti. L'affidamento avviene tradizionalmente mediante concessione. Ma la concessione, secondo il diritto europeo, è un aiuto di Stato. Occorre, quindi, trasformare la concessione in contratto di concessione e affidarlo ricorrendo a gara. Di qui l'ampliarsi dell'area contrattuale dell'azione amministrativa anche in quella parte di essa che era più propriamente pubblicistica.

Queste tre trasformazioni del diritto amministrativo, così accuratamente segnalate e analizzate da Cerulli Irelli, sono in corso di svolgimento, e quindi non si sono ancora completate. Un esempio è costituito dal progresso dei rapporti tra giustizia europea e giustizia nazionale, come mostrato dalla ben nota vicenda Taricco (Corte cost., sent. 10 aprile 2018, n. 115) e dalla recente decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'obbligo di sollevare la questione pregiudiziale per l'applicazione del diritto europeo (Corte giust. UE, 4 ottobre 2018, C-416-417), indirizzata al Consiglio di Stato francese, peraltro uno dei giudici francesi più aperti al diritto europeo. Questo vuol dire che siamo ancora lontani da decisioni risolutive e che le trasformazioni in corso sono lungi dall'essere definitive.

Ci sono, poi, punti di contatto numerosi tra i tre processi di trasformazione indicati, come mostrato dalla vicenda Taricco, che riguarda principi costituzionali europei e principi costituzionali italiani. Oppure dalla vicenda della definizione di ente pubblico, a proposito della quale il diritto europeo, nell'impossibilità di tener conto di 28 modi diversi di tracciare i confini tra diritto pubblico e diritto privato, si è trovato nella necessità di abbandonare le definizioni nazionali e di disegnare un istituto nuovo, l'organismo di diritto pubblico, che secondo criteri nazionali-italiani è a metà pubblico, a metà privato.

Le tre tendenze indicate modificano tre caratteri specifici del diritto amministrativo. In primo luogo, la sua autonomia. In secondo luogo, il suo carattere di diritto statale. In terzo luogo, la sua separatezza dal diritto privato. La sua autonomia, perché crolla la barriera tra diritto costituzionale e diritto amministrativo. Il carattere di diritto statale, perché si stabilisce un legame (diretto e indiretto) tra diritto amministrativo nazionale e diritto europeo. La separatezza tra diritto privato, perché la più antica distinzione del diritto, quella tra diritto pubblico e diritto privato, cede in più punti.

Queste trasformazioni hanno riflessi anche indiretti, in particolare sul processo e, in generale, sul giudizio. Esse producono un rafforzamento della indipendenza del giudice amministrativo e una perdita di specialità del processo amministrativo stesso.

Se le tre trasformazioni procedono in parallelo, tuttavia, molte sono le differenze tra di loro. La costituzionalizzazione proviene dall'interno dell'ordinamento giuridico. L'uropeizzazione dall'esterno. La privatizzazione sotto spinte congiunte, dall'interno e dall'esterno, come dimostrato dalla trasformazione della concessione in contratto di concessione.

Una seconda differenza è la seguente: la costituzionalizzazione incide sulle colonne portanti del diritto amministrativo; l'uropeizzazione incide, invece, sulla estensione della disciplina del diritto amministrativo; la privatizzazione infine, incide sulla sostanza del diritto amministrativo, sulla sua stessa natura di diritto dell'autorità. Quindi, la prima trasformazione è più radicale, la seconda più vasta, la terza più profonda.

Tutte e tre queste trasformazioni incontrano resistenze. Un esempio delle resistenze incontrate dalla costituzionalizzazione è offerto da una comparazione tra gli artt. 106 e 97 Cost. Il loro contenuto è sostanzialmente simile. Il primo dispone che "le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso". Il secondo articolo dispone che "agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso". Tuttavia, la prima norma è rispettata, la seconda è aggirata o elusa.

La penetrazione del diritto europeo conosce anch'essa molte resistenze, di cui sono prova i ritardi nell'attuazione delle norme comunitarie. C'è qui il paradosso italiano: siamo i più lenti nel dare attuazione concreta alle direttive comunitarie, ma i più veloci nel recepirle in linea di principio, con le cosiddette leggi comunitarie. Il rapporto con l'Unione Europea è ulteriormente complicato dalla tendenza a completare l'attuazione delle direttive europee con norme dettate da esigenze nazionali, una procedura che viene definita "gold plating" (placcare in oro).

Infine, la privatizzazione del diritto amministrativo suscita resistenze, come dimostrato dall'ampliamento di regole pubblicistiche nelle aree disciplinate dal diritto privato: l'esempio maggiore è quello del cosiddetto decreto partecipate, nel quale istituti, regole e procedure propri del diritto amministrativo sono imposti a società per azioni di diritto comune.

Queste trasformazioni hanno conseguenze importanti per lo studio e l'insegnamento del diritto amministrativo. Il generale processo di ibridazione produce imbarazzo e perplessità nella scienza giuridica, costretta a misurare concetti tradizionali, come quelli di legalità, di supremazia dell'amministrazione e di Stato di diritto, con i nuovi sviluppi indicati. Le difficoltà diventano ancora maggiori quando non avvengono in maniera diretta, ma indiretta, come indicato dagli studiosi francesi che hanno parlato di "*gouverner par les instruments*".

La costituzionalizzazione è parte di un più generale processo che riguarda l'ordinamento giuridico nel suo insieme. L'ha messo in luce Stefano Rodotà, lo studioso che più di ogni altro ha indagato la costituzionalizzazione del diritto privato: il giudice costituzionale mette in opera i principi costituzionali e li fa penetrare nel diritto amministrativo così come nel diritto privato.

Vi sono fenomeni ancora più complessi, come l'amministrativizzazione dello stesso diritto costituzionale (si pensi solo al principio che gli americani chiamano

“*right to a hearing*”), che conducono, come in Germania, alla riscoperta dell’unitarietà del diritto pubblico.

La europeizzazione comporta, a sua volta, un necessario sviluppo della comparazione giuridica. Ad esempio, per dare attuazione all’art. 6.2 del TUE, sarà necessario tener conto delle tradizioni costituzionali nazionali e quindi studiarle una per una, per poi stabilire che cosa abbiano in comune. Inoltre, sarà importante esaminare come possano trovare applicazione i principi europei nei diversi contesti, perché principi comuni possono trovare applicazione diverse nei diversi contesti.

Infine, la privatizzazione richiede di abbattere la più antica barriera del diritto, quella tra diritto pubblico e diritto privato.

L’effetto congiunto delle tre tendenze indicate è un forte richiamo all’unità del diritto, che richiede una riscrittura del diritto amministrativo per tener conto della sua nuova topografia. Si tratta di fare un’opera di decostruzione e di ricostruzione della nuova identità del diritto amministrativo, caratterizzata da centralità, ma da aspecificità. Il diritto amministrativo, nello stesso tempo, subisce una perdita di peso specifico, ma guadagna un nuovo centralità a causa della crisi della sua bipolarità. Tutto questo richiede nuove classificazioni, l’abbandono dei moduli binari, la caduta delle frontiere e delle tradizionali linee di demarcazione.

Il risultato ultimo è la dequotazione della più antica questione del diritto amministrativo, quella della giurisdizione. Nel mondo, vi erano tre modelli. Quello francese, dell’amministratore-giudice, non parte dell’ordinamento giudiziario, né interamente del sistema amministrativo. Quello inglese, del giudice unico, parte dell’ordine giudiziario. Quello tedesco, con giudici plurimi, ma tutti parte di un ordine giudiziario unitario.

Ciascuno dei tre modelli ha avuto una sua diffusione. Ad esempio, il modello francese si è diffuso in Italia. Il modello britannico negli Stati Uniti. Il modello tedesco in Spagna.

Sotto la spinta congiunta delle trasformazioni odierne, si sta verificando una modificazione dei tre modelli, che porta alla loro confluenza. La corte di Strasburgo e quella del Lussemburgo stanno facendo perdere il carattere speciale che prima avevano i Consigli di Stato. I tribunali amministrativi inglesi hanno perduto il carattere di amministrazione contenziosa e acquisito quello di giurisdizione. Infine, in molti Paesi, i sistemi giudiziari sono separati, ma sottoposti a norme analoghe.

Non voglio terminare questo scritto senza ricordare quello che Cerulli Irelli ha chiamato, nell’introdurre il libro che ho menzionato all’inizio, il “dramma dell’amministrazione”. A fronte delle cattedrali costruite da noi studiosi del diritto amministrativo, vi è in Italia un’amministrazione incapace di fornire i servizi essenziali alla collettività. Questo – duole dirlo – dipende anche da noi. Avendo costruito un muro, una linea netta di confine tra diritto amministrativo e scienza dell’amministrazione, ci siamo preclusi la conoscenza della vita reale dell’amministrazione, che è andata in una direzione diversa, molto diversa da quello che prescrivono le norme e che noi studiamo con tanta cura.

L'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA ITALIANA TRA RIVOLUZIONE LIBERALE, REPUBBLICANA E L'AVVENTO DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE

Roberto Cavallo Perin

SOMMARIO: 1. Pubblica amministrazione in senso oggettivo e soggettivo. – 2. Diritti costituzionali, principio di legalità e le tradizioni costituzionali comuni. – 3. L'interesse pubblico tra nullità e annullabilità dell'atto amministrativo. – 4. La rivoluzione dell'intelligenza artificiale tra democrazia e tecnologia. – 5. Dal governo dei residenti all'amministrazione dei flussi. – 6. Algoritmi a atti amministrativi: un periodo di sperimentazione.

1. *Pubblica amministrazione in senso oggettivo e soggettivo*

Nella Costituzione della Repubblica italiana vi sono enunciati sufficienti a consentire di ritenere costituzionalmente rilevante sia una concezione dell'amministrazione pubblica in senso soggettivo, sia una concezione dell'amministrazione pubblica in senso oggettivo.

Con quest'ultima si va a indentificare quell'attività che la Costituzione sottopone ad una disciplina particolare, il cui carattere più noto è la sua soggezione al principio di legalità (artt. 13 s. Cost.), la funzionalizzazione della medesima all'interesse pubblico, con rilevanza verso i terzi degli effetti degli atti amministrativi e conseguente loro legittimazione a promuovere il sindacato giurisdizionale contro di essi (art. 113 Cost.).

Per amministrazione pubblica in senso soggettivo la Costituzione ha invece definito il tipo di enti che costituiscono l'organizzazione politico democratica della Repubblica italiana (artt. 114 e 118 Cost.), quelli cui assegnare la cura d'interessi pubblici anche a mezzo di poteri autoritativi (art. 1, co. 1-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241).

Sistema democratico che segna l'*amministrare* del popolo sovrano, organizzato in istituzioni pubbliche, per un'attività di cura d'interessi pubblici svolta attraverso gli organi e enti della Repubblica italiana indicati in parte seconda della Costituzione, segnando un livello locale (comunale, o da ente intermedio), un livello regionale e un livello statale di governo e almeno uno sovranazionale (UE).

Trattasi di organi e enti che sono forme organizzative di governo in cui si articola la sovranità della forma di Stato Repubblica italiana: alcune delle quale possono dirsi necessarie e connaturate alla formazione dello Stato italiano, ancor prima di comunità che ormai da tempo si sono consolidate come necessarie (Comuni e Stato italiano)¹, altre invece che sono state create per scelta costituzionale (Province, Regioni e Unione Europea)².

La distinzione tra amministrazione attività e amministrazione organizzazione ha assunto particolare rilievo teorico nei casi estremi, ove non sono riuniti i due concetti d'amministrazione. Ciò si verifica – come è noto – nei casi d'esercizio privato di pubbliche funzioni³ o di affidamento a gestori privati di pubblici servizi⁴; oppure all'opposto con la definizione di ente pubblico economico, quello che svolge attività d'impresa e la cui attività è soggetta alle stesse norme comuni per essa previste (art. 2093, c.c.).

Fuori dalle eccezioni le due definizioni costituzionali affermano anzitutto la normale assegnazione della cura degli interessi pubblici alle amministrazioni Stato e degli enti territoriali (art. 118, co. 1, Cost.), siccome rappresentative delle differenti comunità (nazionali e locali), assegnando – oltre lo strumentario da *ius civile* – una capacità contributiva (artt. 23 e 53 Cost.), poteri d'autorità di polizia (artt. 42, co. 2; 41, co. 2; ecc.), o aventi ad oggetto prestazioni o beni altrui (artt. 23, 42, co. 3, 43, Cost.), o ancora legittimando l'autorganizzazione di servizi pubblici (nazionali o locali), oppure poteri che debbono assicurare l'uso generale dei beni pubblici (art. 42, co. 1, Cost.; artt. 16, 14, 17, 21, ecc.), cui si contrappone l'uso particolare concesso dall'amministrazione per la soddisfazione di interessi pubblici ulteriori o diversi da quelli che è possibile appagare con l'uso generale.

Un'attribuzione preferenziale delle funzioni amministrative all'amministrazione

¹ Così sin dall'opera culturale risorgimentale che ha accompagnato l'Unità d'Italia: per tutti I.L. SIMONDI, *Storia delle Repubbliche italiane*, tr. it., L. Taccagni, vol. 1-5, Milano, 1851-1852; C. BOTTA, *Storia d'Italia*, 1824, vol. 1-4, suppl.

² Sulla natura differenziata degli enti territoriali indicati dall'art. 114 Cost.; si veda: Corte cost. n. 50/2015, in particolare ma si veda già Corte cost. n. 96/1968; sulla possibilità di lasciare l'UE cfr. art. 50 TUE, Decisione (UE) 2019/1750 del Consiglio 21 ottobre 2019; Decisione (UE) 2019/274 del Consiglio dell'11 gennaio 2019.

³ F. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Milano, 1920, pt. III, 235 ss.; F. SATTÀ, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma, 1989; *Esercizio privato di pubbliche attività*, non firmato, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, 685 ss.; A. AZZENA, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, 165 ss.; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Bologna, 2000; poi il fenomeno ha avuto un nuovo interesse con riferimento al *general contractor* e ai concessionari di lavori pubblici: per un'analisi sistematica dell'attribuzione di funzioni pubbliche ai privati nel procedimento amministrativo, nei procedimenti contrattuali ad evidenza pubblica e delle funzioni certificatrici e di altre funzioni autoritative, si veda A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.

⁴ M. NIGRO, *L'edilizia popolare come pubblico servizio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957; U. POTOSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

pubblica (art. 118, co. 1, Cost.), che è l'essenza del principio democratico di autorizzazione del popolo sovrano, secondo le forme (enti e organi) d'amministrazione indicati in parte seconda della Repubblica italiana per la cura d'interessi pubblici, che a tal fine – si è detto – sono dotati di una capacità che ricomprende, oltre agli atti di autonomia privata, anche l'assegnazione di poteri disciplinati dal diritto pubblico, che per necessità costituzionale sono soggetti al principio di legalità, non solo a limitazione delle libertà, ma anche a protezione delle medesime (parte prima).

La sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della costituzione (art. 1, co. 2, Cost.): nelle *forme di stato e di governo* che s'identificano con le istituzioni democratiche disciplinate in parte seconda della Costituzione (art. 114, Cost.) e nei *limiti* di una disciplina di nullità e annullabilità che per ciascuna funzione sono dettati in parte prima della Costituzione. Limiti (negativi e positivi) che, in particolare per la funzione amministrativa, assumono rilievo come disciplina costituzionale dei servizi pubblici o dei poteri d'autorità che l'ordinamento ha assegnato alle medesime istituzioni per la cura di interessi pubblici particolari.

2. Diritti costituzionali, principio di legalità e le tradizioni costituzionali comuni

Attività d'amministrazione che incontra dunque i limiti dettati dalla protezione – anzitutto costituzionale – delle posizioni soggettive, sia di tipo pretensivo sia di tipo oppositivo (estendendo un nostro lessico familiare), non solo dei diritti soggettivi ma anche degli interessi legittimi, che nella vulgata – ma non senza equivoco – possono dirsi “diritti di seconda generazione”, rispetto a quelli di terza o di quarta che si sono più di recente affermati come “diritti d'informazione”⁵ e ancora prima “di partecipazione”⁶.

Diritto soggettivo che si conferma in Costituzione accogliendo la tradizionale distinzione dei medesimi come diritti a protezione delle persone individue, perciò anche delle loro organizzazioni, verso tutti (diritti assoluti) o come diritto ad ottenere una prestazione dal debitore (diritti di credito).

Non può ritenersi casuale che la definizione dei poteri pubblici accompagni in

⁵ G. GARDINI, *Le regole dell'informazione: L'era della post-verità*, Torino, 2017, spec. 8 ss.

⁶ Per i primi studi sul tema: M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1996; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1975; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1952; per i più recenti sviluppi: F. SAITTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, a cura di S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, F. Manganaro, S. Perongini, F. Saitta, Torino, 2014; M. D'ALBERTI, *La “visione” e la “voce”: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2000.

Costituzione la definizione dei diritti o libertà, la cui protezione appunto è contestuale alla definizione dei poteri.

È stato detto esattamente⁷ che la svolta del 1865 completa quella avviata in Italia con lo Statuto albertino (1848-1861)⁸, cioè compie la riunificazione dell'interpretazione in capo allo stesso giudice dei confini dei diritti soggettivi, siano essi quelli tra privati o di essi con il pubblico potere, una volta che siano stati assoggettati alla legge i poteri del governo e delle altre pubbliche amministrazioni (in ciò che è espressione della funzione di governo), definendo gli uni (poteri) per via dell'altro (diritti), leggendo gli uni (poteri) come protetti e definiti come norma speciale in deroga alla norma generale che definisce l'altro (diritti).

A quel tempo la legge era già necessaria come forma giuridica tipica di definizione degli uni (poteri amministrativi) e degli altri (diritti soggettivi), anche se talora la legge non può dirsi una sufficiente disciplina: perché vi sono le norme sovraordinate sui diritti fondamentali (costituzionali; trattati) o perché occorre procedere a un bilanciamento fra interessi il cui conflitto non è stato risolto dalla legge (principi, altre fonti non scritte).

Da qui i noti aforismi. L'affermazione del diritto soggettivo (es. di proprietà privata; di riunione in luogo pubblico) nega il potere dell'amministrazione pubblica ad esso contrapposto (espropriazione; divieto di assembramento); dove si afferma il potere amministrativo avente ad oggetto beni altrui (requisizione in uso; ordine chiusura di stabilimento per ragioni igieniche) cessa il diritto soggettivo correlato sullo stesso bene (proprietà o possesso; iniziativa economica).

Un diritto di credito o un debito può invece trovare titolo in un atto amministrativo previsto dalla legge (es. finanziamento o tributo), cioè sorgere per effetto dell'esercizio di un potere amministrativo. Ancora di più, l'atto amministrativo può essere mezzo di pagamento di un'obbligazione, dunque di un diritto di credito che è fondato su una legge preesistente, su un contratto o su un altro atto amministrativo, ove il diritto soggettivo può trovarsi correlato ad un obbligo o dovere della pubblica amministrazione di dare soddisfazione a un diritto soggettivo, sicché l'atto amministrativo si afferma come lo strumento giuridico utile a darvi attuazione.

La soluzione dell'800 affermata ancora sotto i vigori dello Statuto Albertino d'epoca liberale è stata confermata dalla Costituzione repubblicana con le norme che, a protezione delle libertà, prevedono riserve di legge sulla definizione dei poteri pubblici. Riserve assolute o relative che non differiscono nel richiedere una legge nella definizione degli elementi essenziali del provvedimento, la mancanza dei quali segna l'area della nullità dell'atto amministrativo (art. 21-*septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241), ma nella definizione delle norme di azione: che è integralmente riservata alla legge solo per la definizione di principi e criteri direttivi che segna l'area dell'annuabilità.

⁷ A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. proc. amm.*, 2004.

⁸ Questo modo si pone la scelta liberale del 1865 all. E, totalmente in linea con le leggi (Sicardi) di alcuni anni prima del Regno di Sardegna sull'abolizione dei tribunali ecclesiastici (1851), indicando un afflato liberale che lega le due norme nella mente della classe dirigente liberale dell'epoca.

A completamento del principio di legalità la Costituzione repubblicana recupera la cultura dei diritti naturali⁹, quella cultura che aveva proclamato universali i diritti dell'uomo¹⁰ e che – attraverso il costituzionalismo americano¹¹ – è ritornata a fondamento della definizione giuridica dei nostri diritti soggettivi, come enunciati normativi di diritto positivo indisponibili non più solo agli atti di governo, ma anche alla legge, seppure la legge fosse ormai da tempo l'atto di volontà dell'organo di rappresentanza politica del popolo sovrano.

Indisponibilità costituzionale oltre la quale è possibile sia una conformazione dei diritti soggettivi per così dire *ad minus* del legislatore nazionale, regionale, o addirittura dei regolamenti locali (es. artt. 832, 869, 871, c.c.)¹², sia come limitazione *ad major* per effetto dei trattati sovranazionali o internazionali.

Le radici di un diritto naturale o di ragione riemergono talora – non senza inequivoci – come cultura questa volta giuridica variamente enucleata: i principi dell'ordinamento giuridico nazionale¹³ o sovranazionale, a fondamento convenzionale (CEDU) o istituzionale che è tratto dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (CGUE)¹⁴, come “controlimiti” o come dialogo tra le corti, in ogni caso ... sempreché e sinché ... persista la mancanza di una legge o fonte equiparata o preferita ad essa (decreto legge o legislativo; direttiva dell'Unione Europea, ecc.) e sia necessario pervenire comunque ad un bilanciamento degli interessi in conflitto.

3. L'interesse pubblico tra nullità e annullabilità dell'atto amministrativo

Sinora l'interesse pubblico è stato richiamato a fondamento del potere pubblico,

⁹ Il tema è stato affrontato da molti; selettivamente: B. PIEROTH, *Stato di diritto e diritti fondamentali in Germania*, Napoli, 2013, 33 s.; B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Right, Natural Law and Church Law 1150-1625*, 1997, tr. it. *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, Bologna, 2002; S. v. PUFENDORF, *De Jure Naturæ et Gentium*, 1672, *Il diritto della natura e delle genti*, ora, Padova, 2018.

¹⁰ Per tutti da ultimo: V. FERRONE, *Storia dei diritti dell'uomo: l'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, Roma-Bari, 2014.

¹¹ M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, 2008.

¹² Sui regolamenti locali si vedano da ultimo: M. C. ROMANO, *Autonomia comunale e situazioni giuridiche soggettive. I regolamenti conformativi*, Napoli, 2012, 7 s.; B. GAGLIARDI, *La polizia locale dei comuni*, Napoli, 2007, 43 s.

¹³ Art. 12 preleggi. I precedenti storici: art. 3, Codice civile 1865.

¹⁴ Corte giust. UE, 12 novembre 1969, Causa C-29-69 *Città di Ulm*; da ultimo: S. CASSESE, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States» of the European Union*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 939 ss.; M. GRAZIADEI, R. DE CARIA, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States» in the Case Law of the Court of Justice of the European Union: Judicial Dialogue at its Finest*, *ivi*, 949 ss.; O. PORCHIA, *Common constitutional values and the rule of law: an overview from the eu perspective*, *ivi*, 981 ss.

dunque come elemento essenziale dell'atto la cui mancanza determina la sua nullità (art. 21-*septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241), e ciò può ritenersi esatto solo ove s'intenda la ragione del potere, o causa dell'atto amministrativo, come l'affermazione di una relazione giuridica di prevalenza tra un interesse definito pubblico e altri interessi pubblici o privati che l'ordinamento ha ritenuto di minore peso. Interessi che sono dunque pubblici perché la legge, o in base ad essa un ente territoriale, li ha ritenuti prevalenti su altri, che sono perciò di minore considerazione. Qui la norma di relazione è norma sul fondamento del potere in senso politico e giuridico.

Una volta definito come prevalente, l'interesse pubblico assume anche il diverso ruolo di funzionalizzazione dell'attività della pubblica amministrazione, la cui violazione è sanzionata dall'ordinamento con l'annullabilità dell'atto autoritativo o provvedimento amministrativo, ogni qualvolta la scelta discrezionale dell'amministrazione sia risultata illogica o incomprensibile.

Se il potere è strumento giuridico dato in ragione della preminenza di un interesse pubblico, non stupisce vedere affermata in sede teorica una "non libertà" dell'amministrazione a prendersene cura¹⁵, cioè di un potere-dovere che a prima lettura può apparire un ossimoro, ma che a ben vedere è una sintesi che ha riunito concetti ed oggetti differenti: l'obbligo dell'amministrazione di iniziare il procedimento e di concluderlo con un provvedimento espresso; il potere discrezionale dell'amministrazione di non emanare l'atto richiesto, che impone comunque di assolvere ad un *minimum* d'istruttoria e di attività conoscitiva¹⁶.

Ma l'enunciazione resta di teoria generale sino a quando (1889) la discrezionalità e gli *standards* d'amministrazione diventano sindacabili avanti al Consiglio di Stato e perciò diventa indisponibile all'amministrazione giudicare del perseguimento del fine d'interesse pubblico o dell'osservanza delle norme d'amministrazione, se il rapporto mezzo fine sia illogico o incomprensibile oppure contrario agli standard d'amministrazione o violando il riparto di competenza tra organi.

Il 1889 è scelta istituzionale di completamento del Governo parlamentare, di quel governo parlamentare in cui la legge travalica gli originari confini di una legge intesa in senso materiale assumendo invece in modo crescente contenuti d'amministrazione che si vuole osservati dagli enti territoriali, di cui la neo-istituita IV sezione diventa sede di contenzioso. Con leggi d'amministrazione si superano così i tradizionali confini statutari riservati alla legge, che i teorici pre '89 limitavano nell'oggetto alla definizione dei confini tra diritti e pubblici poteri, lasciando le scelte d'amministrazione al sistema elettorale e alla giustizia nell'amministrazione.

La svolta chiarisce che il corretto modo di perseguire l'interesse pubblico e la distribuzione di competenze tra organi degli enti pubblici, non sono più questioni che possano essere lasciate all'agone politico e sul piano sostanziale diventa chiaro che

¹⁵ V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., 81.

¹⁶ Accertamento della non pericolosità di un edificio per la sicurezza pubblica e conclusione del procedimento di non emanare alcun atto.

l'atto amministrativo non si limita a un rapporto fra parti dell'atto, poiché assume rilievo giuridico la produzione degli effetti verso i terzi¹⁷, cui perciò è data legittimazione all'impugnazione¹⁸.

Se la scelta di perseguire interessi pubblici è funzionalizzata dal diritto sostanziale, avanti al giudice amministrativo la logicità e comprensibilità di tale cura è sindacabile sia come scelta, sia come non scelta (oggi anche come rilevanza del silenzio, seppure senza equiparazione all'atto).

Sennonché anche nella funzionalizzazione credo si debba distinguere tra quella indisponibile al legislatore (per scelta costituzionale o di altra fonte sopra ordinata) da quella che è tale per scelta del legislatore: un tempo i contratti e i concorsi pubblici; oggi i finanziamenti e le provvidenze comunque denominate (art. 107 del TFUE; art. 12, l. n. 241/1990).

L'autonomia funzionalizzata, la sua sindacabilità da parte di destinatari e dei terzi, ha condotto inevitabilmente al procedimento e da questo logicamente alla partecipazione degli interessati, con un ciclo di elaborazione teorica che si è coronato con la legge sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241).

Un coronamento che secondo alcuni si è completato davvero solo con la successiva riforma della legge medesima (l. 11 febbraio 2005, n. 15) e con il nuovo processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), due leggi che hanno definitivamente affermato i caratteri soggettivi della tutela contro gli atti della pubblica amministrazione; secondo altri la ragione che dell'epitaffio del sistema (oggettivo) di giustizia amministrativa del 1889, poi fatto proprio dalla nostra costituzione repubblicana¹⁹.

Una contrapposizione che per i fautori del completamento del disegno riformatore ha *finalmente* riavvicinato la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi (art. 24 Cost.)²⁰; che per i secondi invece ha *snaturato* o più precisamente fatto cadere i caratteri costituzionali di una differente tutela giurisdizionale (artt. 102-103 Cost.).

¹⁷ Così V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, Torino, 2019, 79, e *passim*.

¹⁸ Alb. ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 511 s. da ultimo: S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, 2019.

¹⁹ Alb, ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 s.

²⁰ Opinione oggi largamente prevalente, per tutti M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2020, 15. Nega che le due riforme dell'800 costituiscano un "quadro armonico": F.G. COCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 33. A favore dell'unica giurisdizione del giudice ordinario: A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005, 42; L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, pp. 591-607, in M.P. CHITI, G. PALMA (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006, pp. 41-57; cfr. A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 380.

4. La rivoluzione dell'intelligenza artificiale tra democrazia e tecnologia

Una terza rivoluzione sta investendo la pubblica amministrazione. Dopo la prima che è stata la rivoluzione liberale (1848/61-1865-1889) e la seconda quella costituzionale (1948-1990), siamo agli albori di una terza²¹, che è quella che è stata variamente denominata come *intelligenza artificiale, machine learning, reti neurali*.

Si tratta della *Rivoluzione digitale dell'amministrazione pubblica*, una rivoluzione che – ben oltre le prospettive di una informatizzazione degli uffici e degli atti amministrativi²² – pone al centro della produzione del diritto obiettivo i comportamenti organizzati, di cui è possibile dare una definizione predittiva, ove assume un particolare rilievo il principio della relatività degli ordinamenti giuridici (2020), quello della trasparenza e *open data*²³, non ultimo quello dell'atto formale.

Una *rivoluzione* in cui l'aggettivo *tecnologica* è utile a ricordarci che anche questa volta, grazie ad essa, si può conoscere nel suo dettaglio il comportamento umano organizzato oggettivamente, rivelando norme che lo disciplinano “probabilisticamente”, poiché anche questa volta la tecnologia consente un enorme salto conoscitivo²⁴, così come l'invenzione del microscopio ci ha rivelato i microrganismi, i loro comportamenti e i loro effetti.

Si tratta di una rivoluzione in senso proprio che coinvolge sia la struttura della

²¹ Il numero di rivoluzioni che sta interessando la nostra epoca varia a seconda del punto di vista: se si sceglie quello della filosofia informatico-giuridica l'attuale corrisponderebbe alla quarta rivoluzione c.d. dell'info-sfera, successiva a quella copernicana, darwiniana e freudiana; per tutti si veda: L. FLORIDI, *The fourth revolution*, Oxford, 2014; se si sceglie, invece, il punto di vista dell'industria, la rivoluzione 4.0 dell'automazione dei processi starebbe velocemente lasciando lo spazio alla rivoluzione 5.0 incentrata su di una nuova integrazione uomo-robot.

²² L'omaggio non può che essere a G. DUNI, *Teleamministrazione*, in *Enc. giur., ad vocem*, vol. XXX, Roma, 1993; ID., *Il documento informatico: profili amministrativi*, in *Leg. e Giust.*, 1995, 362 s.; ma anche: A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993; U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, 1993; E. ZAFFARONI, *L'informatizzazione della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, fasc. 7/8, 1996, 2519 ss.; M. MINERVA, *L'attività amministrativa in forma elettronica*, in *Foro amm.*, 1997, 1301 ss.; in generale, sull'amministrazione digitale, si veda *amplius*, S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, vol. IV, Firenze University Press, 2016, con contributi sull'amministrazione digitale da pp. 57 a 200 tra cui DELGADO, D'ANGELOSANTE, OROFINO; G. SGUEO, *L'amministrazione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, fasc. 1, 2016, 114-118; sulle potenzialità di un'amministrazione pubblica 4.0, si veda: D.U. GALETTA, J. GUSTAVO CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi*, fasc. 3, 2019.

²³ Per l'*open data* e l'*open government* cfr. Direttiva del Consiglio UE n. 1024/2019, con cui è stata ampliata la disciplina della riutilizzabilità dei dati pubblici, comprendendo ora anche quelli relativi alla ricerca condotta con fondi pubblici; D. U. GALETTA, *Open Government, Open Data e azione amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 663; G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, *ivi*, 593.

²⁴ Sulle potenzialità conoscitive che la rivoluzione digitale offre alla pubblica amministrazione si veda M. FALCONE, *Le potenzialità conoscitive dei dati amministrativi nell'era della rivoluzione dei dati: il caso delle politiche di eradicazione dell'epatite C*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2017, 426 s.