

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO

2 / 2022

APRILE - GIUGNO

DIRETTORE RESPONSABILE: Prof.ssa Diana-Urania Galetta

Iscritta con delibera 16.06.2020 nell'Elenco Speciale dei direttori responsabili di periodici o riviste a carattere scientifico annesso all'Albo dei Giornalisti della Lombardia

Inserita nell'elenco delle Riviste scientifiche ANVUR con Delibera del Consiglio Direttivo n. 117 del 26.05.2022

RESPONSABILE DEL COMITATO EDITORIALE: Prof. Gabriele Bottino

COMITATO EDITORIALE: Prof.ssa Barbara Boschetti, Prof.ssa Elena D'Orlando, Prof.ssa Cristina Fraenkel-Haeberle, Prof.ssa Roberta Lombardi, Prof. Renato Ruffini, Prof.ssa Fiammetta Salmoni, Prof.ssa Elisa Arcioni, Prof.ssa Monica Bonini, Prof.ssa Elena Buoso, Prof.ssa Micaela Lottini, Prof.ssa Renata Spagnuolo Vigorita

RESPONSABILE DEL COMITATO DI REDAZIONE: Prof. Gherardo Carullo

COMITATO DI REDAZIONE: Stefano D'Ancona, Emanuela Furiosi, Alessia Monica, Clara Napolitano, Giulia Pinotti, Giacomo Pisani, Paolo Provenzano, Pier Marco Rosa Salva, Stefano Rossa, Massimo Strato Perrino, Federico Votta

COMITATO SCIENTIFICO:

- Prof. Margaret Allars (University of Sydney, Australia)
- Prof. Ricardo Alonso (Universidad Complutense de Madrid, España)
- Prof. Jean-Bernard Auby (Sciences-Po, Paris, France)
- Prof. Patrick Birkinshaw (University of Hull, UK)
- Prof. David Capitant (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Mario Pilade Chiti (Università degli Studi Firenze, Italia)
- Prof. Stefano Cognetti (Università degli Studi di Macerata, Italia)
- Prof. Lorenzo Cotino Hueso (Universidad de Valencia, España)
- Prof. Guido Corso (Università degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Paul Craig (University of Oxford, UK)
- Prof. Mary Crock (University of Sydney, Australia)
- Prof. José Luís da Cruz Vilaça (Universidade de Lisboa, Portugal e Corte di Giustizia dell'EU, Lussemburgo)
- Prof. Pedro Cruz Villalón (Universidad Autónoma de Madrid, España)

- Prof.ssa Daria de Pretis (Università degli Studi di Trento e Corte costituzionale, Italia)
- Prof. Rosario Ferrara (Università degli Studi di Torino, Italia)
- Prof. Guido Greco (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Constance Grewe (Université de Strasbourg, France)
- Prof. Ian Harden (University of Sheffield, UK)
- Prof. Carol Harlow (London School of Economics)
- Prof. Herwig Hofmann (Université du Luxembourg)
- Prof. Martin Ibler (Universität Konstanz)
- Prof.ssa Julia Iliopoulos-Strangas (Università Nazionale e Kapodistrian di Atene, Grecia)
- Prof.ssa Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo, Italia)
- Prof. Vittorio Italia (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Jean-Paul Jacqué (Université de Strasbourg, France et Service juridique du Conseil de l'UE, Bruxelles)
- Prof. Irena Lipowicz (Università Cardinale Stefan Wyszyński di Varsavia, Polonia)
- Prof. Mario G. Losano (Università degli Studi di Milano e del Piemonte orientale, Italia)
- Prof. Roberto Mastroianni (Università degli Studi di Napoli, Italia e Tribunale dell'UE, Lussemburgo)
- Prof. Jacqueline Morand-Deville (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Bruno Nascimbene (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Luke Nottage (University of Sydney, Australia)
- Prof. Angelika Nussberger (Universität Köln, Deutschland e Corte Europea dei diritti dell'uomo, Strasbourg, France)
- Prof. Giorgio Orsoni (Università Ca' Foscari Venezia, Italia)
- Pres. Alessandro Pajno (Presidente emerito del Consiglio di Stato)
- Prof. Vasco Pereira da Silva (Universidade de Lisboa, Portugal)
- Prof. Ricardo Perlingeiro Mendez da Silva (Universidade Federal Fluminense e Tribunal Regional Federal de Rio de Janeiro, Brasil)
- Prof. Gloria Regonini (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Wojciech Sadurski (University of Sydney, Australia)

- Prof. Daniel Sarmiento (Universidad Complutense de Madrid, España)
- Prof. Jens-Peter Schneider (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Eberhard Schmitt-Aßmann (Universität Heidelberg, Deutschland)
- Prof. Jürgen Schwarze (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof. Karl-Peter Sommermann (Universität Speyer, Deutschland)
- Prof. Klaus Stern (Universität Köln, Deutschland)
- Prof. Albrecht Weber (Universität Osnabrück, Deutschland)
- Prof. Jacques Ziller (Università degli Studi di Pavia, Italia; Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France; Istituto Universitario Europeo di Fiesole-IUE)

CERIDAP è una rivista ad accesso libero sul sito ceridap.eu, aggiornata on-line quotidianamente e fascicolata trimestralmente. Alla fine di ogni trimestre gli articoli riprodotti nel sito sono tutti pubblicati nel fascicolo del trimestre di riferimento.

CERIDAP è la Rivista nata nel 2020 dall'iniziativa del Direttore dell'omonimo Centro di Ricerca Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche dell'Università degli Studi di Milano per un'azione amministrativa più efficiente e più imparziale, anche in attuazione del principio digital first. La Rivista CERIDAP, pur indipendente dall'omonimo Centro, è la sede principale in cui vengono pubblicate le ricerche svolte in seno al Centro stesso e si è avvalsa sin da principio della collaborazione, all'interno del suo Comitato Editoriale, di un gruppo di studiosi dell'area giuspubblicistica provenienti da vari Atenei, sia italiani che stranieri, che ne condividono l'impostazione di fondo e la filosofia ispiratrice.

Obiettivo della Rivista CERIDAP è di fornire un contributo di analisi, approfondimento e proposta avente come focus principale le Pubbliche Amministrazioni: intese sia nella loro dimensione istituzionale, organizzativa e di attività, che nella loro dimensione procedurale. E con una naturale apertura prospettica anche al diritto comparato, europeo ed internazionale nonché alla discussione interdisciplinare che è favorita dalla presenza, nel suo Comitato scientifico, di autorevoli studiosi provenienti da prestigiosi Atenei di tutto il Mondo.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito, e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La Rivista si uniforma agli standard internazionali definiti dal Committee on Publication Ethics (COPE), e fa proprie le relative

linee guida.

CERIDAP è interessata a pubblicare contributi relativi a tutti gli ambiti scientifico-disciplinari che sono riferibili al c.d. Diritto Pubblico, inteso nella sua accezione più ampia e che ricomprende anche aree di analisi al confine fra la scienza giuridica e le scienze c.d. politologiche. CERIDAP è inoltre aperta all'approccio tipico dell'analisi economica del diritto. Per questa ragione si è dotata di un "Comitato dei Revisori" che include anche esperti provenienti da aree di expertise diverse da quella del Diritto Pubblico tradizionale (costituzionale ed amministrativo).

I materiali pubblicati su CERIDAP sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Per la citazione dei contributi presenti in questo fascicolo di CERIDAP, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, *Titolo del contributo*, in *CERIDAP*, 2022, 2, p. 35 ss.

Per l'invio di contributi destinati alla pubblicazione: ceridap.eu/rivista/invio-contributi

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

- VALENTINA BURATTI, *The “Uberisation” of public service* 1
- DIANA-URANIA GALETTA, STEFANO D'ANCONA E PAOLO
PROVENZANO, *Soccorso istruttorio e pubblica amministrazione
digitalizzata: riflessioni sulle ‘magnifiche sorti e progressive’ di un
istituto dal grande potenziale, ma ancora largamente sottoutilizzato* ...
22
- ANDREA GIORDANO, *L’ambiente come valore e la responsabilità da
‘posizione’ del curatore fallimentare* 46
- RICCARDO NOBILE, *Democrazia elettronica, tecnica e politica: tre nozioni
che non dialogano* 59

RASSEGNE E COMMENTI

- GIANCARLO VILELLA, *La legge pandemia belga e la HERA europea:
legalità ed efficienza nell'emergenza Covid* 113
- STEFANO VILLAMENA, *Il Piano triennale dei fabbisogni di personale nella
prospettiva del «diligente amministratore pubblico»* 125

RELAZIONI, RASSEGNE E SEGNALAZIONI

- VINCENZO FRANCESCHELLI E VITTORIO ITALIA, *Brevi riflessioni sul
codice civile e la pubblica amministrazione* 139
- LEONARDO SCUTO, *Il Tar Lecce si pronuncia sugli impianti agrivoltaici: è
possibile far coesistere fonti rinnovabili e produzione agricola?* 148

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

VALENTINA BURATTI, Laureata in giurisprudenza a pieni voti con lode presso l'Università degli studi di Pavia con una tesi in diritto amministrativo. Abilitata all'esercizio della professione forense. È attualmente dottoranda di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Pavia.

STEFANO D'ANCONA, Assegnista di ricerca presso la Scuola Universitaria Superiore IUSS di Pavia e Avvocato nel Foro di Milano

VINCENZO FRANCESCHELLI, Professore Ordinario di Diritto Privato nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

DIANA-URANIA GALETTA, Professore ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano e Direttore CERIDAP

ANDREA GIORDANO, Magistrato della Corte dei Conti.

VITTORIO ITALIA, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano

RICCARDO NOBILE, Segretario Generale del Comune di Pavia

PAOLO PROVENZANO, Ricercatore di tipo B in Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Milano e Avvocato nel Foro di Milano

LEONARDO SCUTO, Dottorando in diritto amministrativo nell'Università di Milano, praticante avvocato in Gianni & Origoni

GIANCARLO VILELLA, Professore a contratto nell'Università degli Studi di Milano e nell'Università Politecnica delle Marche, già Direttore Generale del Directorate-General for Innovation and Technological Support del Parlamento

europeo

STEFANO VILLAMENA, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nel
Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Macerata.

The “Uberisation” of public service

Valentina Buratti

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-2-4

L'avvento di Uber ha stravolto le categorie giuridiche tradizionali e impone un ripensamento dei paradigmi dell'intervento pubblico in economia. La volontà del presente contributo è quella di analizzare e di mettere a confronto gli interventi di regolazione del fenomeno Uber, attraverso una lettura comparata dell'ordinamento statunitense e di quello europeo, anche alla luce della più ampia prospettiva di regolamentazione dei servizi nati e sviluppatasi grazie alla rete e generalmente riconducibili alla categoria della sharing economy che si trova ad operare in settori fortemente regolamentati e dominati spesso da operatori ispirati a valori fortemente corporativistici. L'analisi condotta è funzionale a illustrare alcuni spunti per un'efficace regolazione del fenomeno che sappia coniugare l'esigenza di superamento di ottiche di regolazione eccessivamente rigide ispirate a una chiusura del settore che hanno inevitabilmente effetti deleteri sui consumatori che vogliono usufruire del servizio di trasporto sia di forme di liberalismo eccessive che svincolino i gestori delle piattaforme, spesso grandi multinazionali, dai vincoli a cui gli operatori tradizionali sono sottoposti.

The advent of Uber distorts traditional legal categories and requires a rethinking of the paradigms of public intervention in the economy. This contribution analyses and compares the regulatory interventions of the Uber phenomenon, through a comparative reading of US and European systems. This contribution considers the broader regulatory perspective of the 'sharing economy' category which operates in highly regulated sectors and is often dominated by operators inspired by strong corporate values.

1. Introduction

Uber's rise is connected, by the doctrine, with the phenomenon of the so-called

sharing economy^[1] which, recently, is establishing itself as a new and emerging economic model, alternative to the traditional ones, which is characterized not by the ownership and consumption of goods, but by the sharing and exchange of the same within a community, born thanks to the network.

Sharing economy is a heterogeneous and of difficult classification sector of economy, even if it shows some typical and recurring elements that allow interpreters to carry out a systematic reflection.

The characteristics^[2] recognized by doctrine and jurisprudence are primarily the sharing of a good or service, a horizontal relationship peer-to-peer between the subjects involved, unprecedented compared to the classic “consumer producer” relationship, and the operation of a digital platform, functional to support online commercial transactions, on which this relationship and the sharing of goods or services are established.

Sharing economy is not only a new economic model, but it modifies the traditional legal categories: property right, which has always been an essential juridical institution in civil law, is being replaced by access to the good or service, shared among a plurality of users.

The aspect that most characterizes and influences this economic and social model are new technologies which represent its origin and that contribute to its characterization. The fast and unpredictable evolution and the elusive boundaries of the products born from the network exacerbate the regulatory difficulties of the legislator.

The first context in which the platform economy has started operating is that of public transport. Platforms create a virtual context that facilitate meeting between those who wish to use a transport service and those who wish to offer it, using own means of transport.

The advent of Uber, the most famous company in the sector, has changed not only urban mobility, but the traditional paradigms of public power which is faced with an epochal junction that requires a rethinking of methods of public economic intervention. So, the public law category that is most affected by the new services provided is that of the public service. In relation to transport sector, the public service «is not identified with the single mode of transport, but is represented by mobility, understood as a service that must be organized as a whole»^[3] and as such assumed by public entity. The transport sector is also one

in which, more than others, «the profound transformation and perhaps the crisis of the very notion of public service is felt, which today embraces different dimensions from the single type of service. of collective needs and thus becomes an intangible asset (health, mobility) »^[4].

Public service^[5] traditionally represents a changing institution of legal system that changes its characteristics according to the historical period and the political and social context. The historicity and relativity of the notion is strongly linked to technological advancement, to changing social needs as well as to the geographical location.

The relativity of public service notion is influenced by networks and platforms which, making activities that were previously not profitable, make functions once considered in the public domain end up being managed by private initiatives.

This paper aims to analyze and compare the regulatory interventions of the Uber, through a comparative reading of the US and European systems, to draw a conclusion about regulatory perspectives of the economic models, developed thanks to the platforms.

2. Uber and non-line public transport in Italy

Uber company was founded in 2009 in San Francisco as a start-up aimed at providing, thanks to an intermediation platform, an urban transport service, using individuals and private means of transport. The company took its first steps in the context of the global economic crisis of 2009 and quickly conquered the market, first in the United States, then in Europe up to the Arab countries and China, which currently represents its largest investment market.

Over the years, Uber has also diversified the range of activities on offer, making available new types of services^[6], all referable to the transport sector and always based on the brokerage service provided by the IT platform that connects those who want to offer a service and whoever requests it.

Uber offers an urban mobility service through two different applications, which needs to be downloaded on smartphones with contextual registration, UberPop and UberBlack.

The difference between the two lies in the fact that, through the first, the

customer is put in contact with a professional driver, that is, in Europe, a person with a license issued by the public authority, while, through the second, the customer interacts with a non-professional driver. In both cases, the platform, through a geolocation system, signals to user available drivers and allows him to establish direct contact with the closest or preferable one based on his needs, thanks to the feedback mechanisms to which both users and drivers are subjected. Payment management is also exclusive task of the platform: in fact, the user will proceed, via electronic transaction, to pay the service directly to Uber which, in turn, will pay the driver. The mechanism by which the price is calculated is linked to the level of demand for the service, the so-called surge pricing model, and is influenced by the customer's satisfaction with the driver.

According with these characteristics, the traditional sector with which Uber shows the greatest affinity is that of non-scheduled public transport^[7].

In Italy, non-scheduled public transport is governed by the Law of 15 January 1992, no. 21^[8] which identifies two main types of non-scheduled public transport: taxi service and noleggio con conducente, NCC^[9].

It's an outdated discipline and inspired by logics of strong market contingency^[10], not able to regulate technological innovations coming from the platform economy.

The reaction of traditional operators to the new entrant was immediately harsh and resulted in a series of appeals proposed to civil and administrative judge.

Also, independent administrative authorities, specifically Agcm and Art, recognized that the discipline was bygone and invited the government to reform the issue, considering technological innovation brought by Uber.

On the one hand, Art^[11] suggested a series of criteria for developing the reform, among which the need to distinguish between transport activities of "courtesy" and commercial activities. The former, which can be attributed to carpooling activities such as *Blablacar*, promotes forms of sharing of non-commercial transport services, rendered in an unprofessional way by drivers. These share, in whole or in part, with one or more people, put in contact via the network, a route set by the driver, traveled with a vehicle owned by them. The latter offers technological brokerage services on request and for commercial purposes.

However, Transport Authority does not take a position on Uber's assimilability to the first or second category, leaving the main character of the story in

background.

Agcm^[12], instead, addressed the issue in a “more courageous” way compared to the Transport Authority, highlighting the advantages associated with these new forms of mobility both for users and the urban community and for traditional operators^[13].

Agcm suggest a form of “minimum regulation” that allows this *«tertium genus»* of operators to expand the supply for the benefit of the consumers.

Independent administrative authorities therefore look favorably on the new forms of mobility and are the bearers of a model of regulation which, intervening in the least invasive way possible, can favor the products resulting from innovation and stimulate a transport market characterized by conditions of inefficiency.

3. Juridical case qualification and admonishment to service regulation: case law

Uber phenomenon has violently entered our legal system, severely testing a system that had already shown signs of anachronism and excessive rigidity. In this context, jurisprudence plays a leading role, because it is called to confront, on the impulse of traditional subjects, concretely with the questions raised by the new operator.

3.1. Allegations of unfair competition and civil jurisprudence

The main question was relating to the accusations of unfair competition brought by taxi drivers to Uber and dealt with by the civil judge^[14]. A central aspect in civil jurisprudence analysis was qualification of the service offered by Uber: if this configured a “courtesy” service, fully attributable to the paradigm of the sharing economy, or if it could be referable to taxis and NCCs activity.

Civil courts, to verify whether Uber’s behavior, in the form of Uberpop, materialized a hypothesis of an anti-competitive offense, used the typical instruments of antitrust law, emphasizing that the latter *«essentially functions as the traditional service of radio taxi, even if created in more advanced ways»*. Like

taxi service, anyone who has downloaded the Uber application can use the requested transport service, without limitations and against payment of a fee.

There is no hypothesis of carsharing or carpooling, because the activity of driver and customer does not consist of sharing a journey and a car that the owner/driver, but in the realization of two autonomous services, although in close dependence.

However, under the same service, Uber is not burdened with the series of obligations that Law no. 21 of 1992, on the other hand, requires traditional operators, both taxi drivers and NCC drivers who do not use the app, and therefore finds itself operating in an agile and flexible manner, with a behavior that configures a hypothesis of unfair competition^[15] pursuant to Article 2958, no. 3, code civ.

The consequence of these rulings was the inhibition of the Uberpop service on national soil, while UberBlack continued to operate, based on its assimilation to the rental service with driver, with concurrent submission to regulatory regime required for non-scheduled transport sector.

3.2. Administrative judge's interpretation

The qualification of the legal institute to which Uber's activity can be traced and consequently the identification of applicable discipline has also been addressed by the administrative judge, although with less frequency than the civil judge.

The opinion given by Consiglio di Stato to the President of the Council of Ministers regarding the applicability of Law no. 21 of 1992 to the new forms of organization and telematics management of people transport through auto services is relevant.

Consiglio di Stato, firstly, carried out a survey of non-scheduled public transport rules, observing that Law no. 21 of 1992 is limited to reduce two different phenomena to unity, the taxi service and NCC, without elaborating a single notion of non-scheduled public transport. The direct consequence of this legislative choice is measured in the inadequacy of new "technological services for mobility" regulation.

The administrative judge notices that the activity carried out by the mobility platforms cannot be traced back to mere mediation between performance and

job offer, but that the provision of transport is a direct obligation of the company, which simultaneously offers complementary financial and telematic services, but that take a marginal position in the contractual dynamic.

However, the Court acknowledges that the service offered by Uber is not totally and fully attributable to an urban transport service, but that the technological component characterizes it in a peculiar way. According to administrative jurisprudence, the institute is characterized as an «*negozio atipico a fattispecie doppiamente bilaterale*». Upstream of the same, the manager of the IT platform must be placed, which maintains two independent legal relationships: on the one hand, one with the platform's user from which he directly receives the payment for the transport and mediation activity; and on the other, the one with the transport service provider to whom it allows to operate on the platform and who pays for the service provided.

These new forms of mobility do not constitute a hypothesis of public transport, such as the taxi service, due to the incompatibility with the constitutive features of the same, but this acknowledgment does not exclude the public relevance of the same for the legal system and the need to introduce adequate discipline. For this reason, the recognition of Uber as a private transport service does not exempt the public power from intervening to efficiently regulate the phenomenon^[16].

3.3. Constitutional Court intervention: defense of State competences and admonishment to the legislator

The legal questions linked to Uber phenomenon have also been analyzed by Constitutional Court^[17] which had the opportunity to examine the compatibility of this service with the constitutional system.

Constitutional legitimacy judgment matter is Regione Piemonte Law^[18] which had identified, as a legitimate subject to provide the non-scheduled urban transport service, only those in possession of license for taxi service or rental with driver, unduly invading the sphere of State competence.

Non-scheduled public transport abstractly sees crossing of different matters, attributed to the legislative competence of different subjects. «Local transport» is included in Region residual competence, «competition» pursuant to article 117, paragraph 2, lett. e) of the Constitution, in State exclusive competence. The

Region therefore has the task of outlining the general framework of local and therefore non-scheduled transport, regulating the administered regime to which it must be subjected and developing a unitary framework within which the Municipalities, concretely called to manage the issue of licenses, the number and type of vehicles to be used for these services, the methods of performance and the criteria for determining the rates, can operate. The Piedmont Region regulations however, defining which subjects are enabled to offer certain types of services, imposes «*a limit on the freedom of individual economic initiative and affects competition between economic operators in the relevant market, insofar as it contributes to the configuration of a given sector of economic activity*». In the Court's opinion, this legislative choice is fully part of «competition»^[19] matter and therefore, not falling within the competence of the Region, is to be declared unconstitutional by contrast with Article 117, paragraph 2, lett. e) of the Constitution.

Constitutional Court interpretation reveals a political choice: in fact, Regione Piemonte Law does not seem to differ much from the national discipline which, in outlining non-scheduled public transport, has taxi and NCC clearly in mind. However, the Court is struck by the ban on providing the non-scheduled transport service to operators different from the ones authorized by law, made by a Region. The constitutional judge seems to show caution, instead of civil judges, towards forms of total exclusion from the market of new operators, while hiding behind respect for the division of competences, instead leaving a glimpse open towards forms of regulation, respectful of the value of competition.

Beyond the concrete interpretative solution adopted by the Court, is interesting the admonishment addressed to legislator. Noted that «*technological evolution, and the consequent economic and social changes, raise issues variously discussed not only in the courts, but also in the authorities independent and political institutions, for the plurality of interests involved and the novelty profiles of their intertwining*», the Court invites the legislator to promptly handle regulatory needs posed by new operators.

Almost four years have passed since this ruling, but legislator did not accept Court invitation, leaving an age-old discipline and a regulatory vacuum that does not allow proper regulation of the phenomenon.

4. Hesitant action of European Union and corporatism of Member States

To better understand the phenomenon and to propose the conditions for its future regulation, a study of the European context, both at Union level and in the legal systems of the individual Member States, may be interesting.

First, the directive 2006/123/EC, better known as Bookstein directive, shall not apply to non-scheduled public transport services, such as the taxi service and N.C.C. Transport legislation is left to the competence of individual Member States and is excluded from the harmonization activity promoted by the European Union, but has a certain degree of affinity in different national contexts. In almost all European countries, non-scheduled public transport sector is heavily regulated, subject to a quota market regime and administered tariffs, and takes the form of two figures: taxi service and rental with driver. Just as similar are the reactions of the Member States^[20] to the Uber phenomenon which, either through legislation or through case law, has been declared illegitimate^[21].

4.1. States facing Uber: French and English case

In France, a Country with a strong tradition in the public service field and the first European state in which Uber started operating, the illegality of the activity provided by the Californian company was declared by law. Before the entry into force of this legislative text, French judges had already sanctioned Uber, based on the contestation of competitive offenses^[22].

Loi Thévenoud^[23] has modified French transport code, in the section dedicated to non-scheduled public transport, sanctioning the ban on electronic *maraude*, electronic priming and the organization of a system for connecting customers and drivers by illegally proposing such service, as well as the crime of organizing and connecting customers with people who carry out a transport service for people for profit with vehicles of less than ten seats.

French law has not appeased the jurisprudential contrasts, opening indeed to a new season of pronouncements, among which it notes, primarily, the judgment of the *Conseil constitutionnel*^[24] which however recognized the *Loi Thévenoud* full

legitimacy.

For the Court, remunerated non-scheduled transport activity must be carried out only under the conditions set out in title II of book I of the third part of the Code and is therefore prohibited to people who are neither road transport companies which can also perform occasional services, neither taxi, two or three-wheel motorized vehicles or transport vehicles with driver. Again, according to the Court, *Loi Thévenoud* did not want to repress forms of car sharing and courtesy transport that can continue to operate on the market without applying the rules provided for operators of non-scheduled transport.

On 17 March 2016, *Tribunal de Grande Instance de Lille* raised a preliminary question before the Court of Justice concerning the non-submission of the reform to the Transport Code for the Commission's prior opinion. The Court of Justice, with a ruling of 10 April 2018, has ruled, referring to the reflections carried out in the 2017 ruling, that the Member States are free to prohibit and criminally repress the illegal exercise of transport activity within the service UberPop, without having to previously notify the Commission of draft law establishing the prohibition and penal sanctions for such exercise.

Faced with the great turmoil provoked by *Loi Thévenoud*, the French government has commissioned the socialist deputy Laurent Grandguillaume to work out jointly with the parties involved a bill to regulate the sector. The proposal was presented in July 2016 and approved in December and provided for the introduction of a simplified and more stringent regime for taxi drivers for VCTs, i.e. those who carry out non-private line transport activities, including therefore UberBlack.

France therefore remains "put in check" by taxi drivers and continues to regulate forms of alternative mobility in a highly repressive way. We must also report the recent attention dedicated to the phenomenon of the so-called «*Ubérisation*» and the services offered through the platform, signs of a growing awareness of the need for regulation and not exclusion from the system^[25].

Another interesting legal system to be taken into consideration to better understand the Uber phenomenon is the English one which, unlike the French one which has remained rigid on its positions, has instead changed over time the approach to the Uber service.

In England, hackney carriages, that is the famous London taxis, and private hire

cars (PHV), better known as minicabs, which carry out an activity like Italian NCC, are considered non-scheduled public transport. The former can pick up customers and then start the ride from the public street or from special locations, while the minicabs must be booked in advance, electronically, by telephone or at a special office. This is a market based on the licensing system and managed by local authorities who are called to dictate a detailed discipline. In the city of London, the subject responsible for regulation and management is the Transport for London (TfL) and the applicable discipline is contained in the 1998 Vehicles (London) Act. Also in London, Uber's entry on the market provoked the violent reaction of taxi drivers who complained about the possibility granted to the first to carry out an abusive transport activity, that is, without any license and without the use of taximeters. In 2015, the High Administrative Court of London^[26], unlike the other European States, excluded that the activity carried out by Uber would integrate a competitive offense, in as much as this was not comparable to that of the taxi. The new mobility services, such as Uber, instead had to be considered as PHV and therefore must obtain the authorization required for the exercise of this activity.

Uber worked in London market, thanks to its equivalent to a private non-scheduled service, getting a specific license. However, in November 2019, Transport for London made the decision to revoke the transport license from Uber, due to some behavior of company's drivers that would endanger the safety of passengers.

English model that decided to assimilate the service offered by Uber to the PHV one has therefore shown its inadequacy, insofar as it does not consider the peculiarities of the service.

4.2. Court of Justice: between transport services and information society services

The great legislative and jurisprudential turmoil developed in various Member States around Uber phenomenon made the European Union's standpoint increasingly urgent.

Like French case, Spanish courts^[27] also asked the Court of Justice for a preliminary ruling on the qualification of the service offered by the Uber

platform: in particular, if this was to be considered a non-scheduled transport service or an information society service, or a combination of the previous two. From legal institute qualification it's possible to determine applicable discipline: the most stringent one referred to in Directive 2006/123 / EC, that referred to in Directive 2000/31/EC relating to information society services or that of the TFEU relating to implementation of the common transport policy.

The Advocate General observed that Uber's activity could qualify as a mixed service, since part of it is provided electronically, while the other part in different ways.

Abstractly, a mixed service may fall into the category of information society services if they meet two conditions: firstly, that the service not provided electronically is economically independent from that provided in this way^[28] and, secondly, that the provider must offer the service in its entirety or that exercises a decisive influence on the conditions of non-electronic performance, which must however remain the main and characterizing element of the relationship. Uber does not meet any of the previous requirements, as the two services are economically dependent and are provided by two different entities. In the words of the Advocate General «*the activity in question exists only thanks to the platform, without which the former would make no sense*»: in the mixed service, the prevailing performance is that of transport.

Court of Justice^[29], sharing the approach of Lawyer Szpunar, found that Uber intermediation service was based on the selection of non-professional drivers who use their vehicle and to whom an application is provided without which the performance is not it could come true. Uber exerts a decisive influence on the conditions of the performance, fixing, through the platform, ride's price that directly receives from the customer and then gives it to the driver, carrying out a control on vehicles quality and drivers as well as on their behavior, with contextual possibility of exclusion from the service.

Considering these characteristics, the service offered by Uber could only qualify as a transport activity: it is therefore up to the Member States to regulate it, not falling within the scope of application of Article 56 TFEU of Directive 2006/123 and Directive 2000/31.

5. United States of America and free regulation

Uber company was born and developed in the United States of America, stimulated by the legal and economic context in which services born thanks to the network are encouraged in a pro-competitive perspective and full market liberalization, also with the aim of relaunching the economy following the 2009 crisis. However, also in the United States there were doubts about the legitimacy of the service offered by the multinational Uber, with consequent intervention by the jurisprudence.

At the political level, it must be noted that Democrats and Republicans do not share the same line of intervention for service regulation^[30]: Republicans want to guarantee a free market where new operators can operate without obstacles, Democrats tend to be more cautious in regulating the big platforms^[31].

In United States, transport sector is the responsibility of the individual States and various municipalities that have dealt with the issue in a highly diversified manner. Some States switched to stringent regulation of the sector, to avoid not only forms of unfair competition against other operators, but also to guarantee users safety; others preferred to favor new operators, trying to limit the obstacles to their activity.

Reaction's heterogeneity is reflection of highly differentiated disciplines in USA regarding non-scheduled transport which generally impose the obligation of licensing and of being subject to an administered regime, but without the inflexibility of legislation in Europe^[32]. The common aspect is, in each state, the burden for subjects who wish to carry out a public transport activity to comply with a series of obligations imposed by law from which new entrants are instead exempted. Traditional operators accused Uber of unfair competition against them, insofar as the activity carried out by the Californian company is completely analogous to that offered by taxis, with the difference that the former is not required to submit to the rules on non-scheduled public transport, with consequent obtaining an undue competitive advantage^[33].

Jurisprudence, given the different legislative contexts, reached different interpretative results: sometimes recognizing the peculiarity of Uber service compared to the taxi service and therefore the inconsistency and the risk of competitive distortions applying the obligations foreseen for the second^[34], other

sometimes identifying a form of unfair competition^[35] and still others by arranging that the rules for traditional transport services should be applied to Uber^[36].

At the end, it may be interesting to examine the legislation adopted in California, Uber's state of birth and development. Initially, the Uber service had been hindered by the Californian authorities, based on the assumption that the company was providing a non-road public line transport service without the necessary authorization, with the imposition of a penalty of \$ 20,000. In 2013, Californian authorities concluded an agreement with Uber then transfused into a law that introduced the category of the transportation network company which includes all operators that provide a transport service through the intermediation of an electronic platform, prescribing the obligation to have an insurance policy. The US context is therefore variegated, «*an arabesque*»^[37] of jurisprudence and political-legislative choices, even if the line of light regulation tends to favor the activity of digital operators.

6. The crisis of traditional models: which prospects for regulation?

Uber phenomenon and, more generally, that of the platform economy led to a change in the laws of European States and beyond, making clear the need to intervene with new forms of regulation.

The opinion of jurisprudence and of prevailing doctrine is now firm in excluding that Uber can be traced properly to sharing economy category, insofar as the purpose of the platform is not to encourage the sharing of its own resource with other subjects, but to provide a service for profit. This acknowledgment assumes that the service offered by Uber cannot be considered a courtesy service and therefore cannot be assisted by the elasticity of discipline that must assist the former. Similarly, the approach that tends to lead Uber to a transport service *tout court*, on the European model, would also seem incorrect, leaving out the peculiarities underlying the delivery via platform. Court of Justice, accepting this thesis, has adopted an evasive and opportunistic attitude: it has in fact avoided taking a clear position on the point, although it was desired by many, leaving the individual Member States free and disoriented who, with a predictable reaction,

applied canonical discipline to new operators.

Interesting is Advocate General opinion who enhanced the «*mixed service*» notion to be applied to the category of activities attributable to the platform economy, that is, an activity that has two components that deserve to be both valued.

Regulation prospects are clearly influenced by case qualification and are strongly influenced by it: thus, a legal system who recognizes Uber as a mere transport activity, will only be able to apply the legislation envisaged for the non-scheduled public transport sector. This approach, currently followed throughout the European Union, not only does not consider the differences between Uber and traditional services but ignores the requests for market renewal which are excluded, through declarations of illegality, from the legal system. This system is victim of «*corporate ostracism*»^[38] logic promoted by traditional operators who defend consolidated positions of economic and negotiating privilege, ignoring market static and inefficiency.

On the other hand, there are models that enhance innovative aspect of the service and that completely trace back to sharing economy category, leaving it not only free from any regulation, but promoting its development. A similar approach is typical of the American-Republican economic model which perceives regulation as an obstacle to the market and its development. This vision risks fueling birth and affirmation of a new economic entity, the platforms often managed by large multinationals, which places itself in a monopoly position with respect to the other players.

Given the inadequacy of two models illustrated above, a possible perspective could be that of taking a third, median way, which is better able to enhance the two components of the service. It is a model that takes note of the inadequacy of non-scheduled public transport offer in Italy and that knows how to reform, in the first instance, the general discipline of the sector, to prevent traditional operators from being subjected to archaic and limiting obligations and, secondly, know how to introduce right tools to regulate new entrants' activity. An imperative for the regulator must be the protection of citizen-user who has the right to access an efficient transport service and the same to be protected by subjects who operate without any guarantee.

Public bodies, especially at the local level, are faced with the challenge of

providing services to a growing number of citizens, concentrated above all in the urban context, and of ensuring that these are rendered in a more efficient and economical way to promote social cohesion, indispensable for heavily inhabited areas^[39]. Moreover, the choice of innovating some city's operating profiles, especially in relation to the mobility sector, digital administration, and bottom-up participation, has been the subject of attention of the legislator for many years^[40].

The growing pressure on passenger transport systems has increased the demand for new and innovative solutions, with the integration of different transport services into an accessible on demand service, according to the concept of Mobility as a Service (MaaS). Many cities are at the same time witnessing a transition towards shared and collaborative mobility services (shared cars, bicycles, on-demand transport services and other forms of micro-mobility) facilitated by the emergence of intermediary platforms, thus allowing for the reduction of the number of vehicles in daily traffic.

The will to reform the local public transport sector is linked both to the need to remedy the inefficiencies of the sector and to the broader project to reduce emissions and therefore protect the environment, according to the model of sustainable mobility. Encouraging new forms of mobility also has a positive effect on the organization of smart cities that address traffic and urban congestion problem, as well as on the protection of the environment, in relation to the control of emissions, in full compliance with the objectives set out in the new European Green Deal.

“Piano Triennale per l'informatica nella P.A. 2020-2022” identifies mobility as a key sector for improving the efficiency and quality of services, as it should be included among the areas of public interest with a high impact for the well-being of citizens. Similarly, “Piano nazionale per la ripresa economica e la resilienza”, calls for the development of experiments to improve the efficiency of urban transport systems, in the context of the “mobility as a service” model^[41]. Also, Mission n. 2, “Rivoluzione Verde e Transizione ecologica”, links environmental protection to local public transport system efficiency.

Service model offered through platforms represents a concretization of the principle of horizontal subsidiarity, in so far as individuals, gathered in a digital community, directly provide for the production and sharing of urban mobility

service, with the consequent creation of a «*shared service*»^[42].

The new paradigms of mobility and organization of the city are affected by the economic model of the sharing economy, promoted by platforms, to the extent that sharing, collaboration and co-production are the foundations of a new way of understanding the provision of services.

Public power seems to definitively lose its role as manager but sees its role as regulator even more strengthened: in fact, faced with a «self-produced» service by citizens, public power cannot abdicate its own authority, but is required to dictate a flexible discipline that knows how to combine safety needs, consumer protection, traditional operators and innovation needs.

1. Oxford Dictionary defines sharing economy as «*an economic system in which assets or services are shared between private individuals, either for free or for a fee, typically by means of the Internet*». G. Smorto, *Verso la disciplina economica della sharing economy*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2015, 2, 246.
2. V. Turchini, *Il caso Uber tra libera prestazione dei servizi, vincoli interni e spinte corporative*, in *Munus*, 2016.
3. P. Chirulli, *Servizi pubblici "deregolamentati"? Il caso del trasporto pubblico locale*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, Bologna, 2018, III, 418.
4. *Ibidem*.
5. Literature about public service is huge. We remember U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 181-200, R. Villata, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 1999, N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, L. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, F. Trimarchi banfi, *Considerazioni su i "nuovi" servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 5, 945-969, G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, S. Civitarese Matteucci, L. Torchia, *La tecnificazione. Studi a 150 anni dall'Unificazione Amministrativa Italiana*, 2016, Firenze, S. Torricelli, *I servizi pubblici*, in AA.VV., *Passato e presente del diritto amministrativo*, Napoli, 2017.
6. The reference is to Uber Eats, an application that allows home delivery of food and drinks, Uber Freight, an app to support goods delivery activities, Uber for business, aimed at promoting business travel. To these are added the apps aimed at booking scooters and / or bicycles to move around the city.
7. We can mention this literature on public transport: U. Pototschnig, *Disciplina pubblica dei trasporti e poteri della Regione*, in *L'impresa pubblica. Municipalizzazione*, 1967, 4, 8-15, C. Talice, *Istituzioni di diritto pubblico dei trasporti. Trasporti terrestri e navigazione interna*, Milano, 1968, M. S. Giannini, *Tramvie ed autolinee d'interesse regionale*, in *Studi preliminari sulle leggi cornice per le Regioni (Quaderni ISAP)*, Milano, 1968, G.

- Morbidelli, *Verso una legge quadro sui trasporti*, in *Le Regioni*, 1981, 1, 156-167, M. A. Carnevale Venchi, voce *Trasporti pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, 1992, XLIV, 1065-1101, M. Tebaldi, *La politica dei trasporti in Italia*, Imola, 1999, A. Pioggia, *L'amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il trasporto pubblico in Italia?*, in *Dir. amm.*, 2013, 481-497, G. L. Albano, A. Heimler, M. Ponti, *Concorrenza, regolazioni e gare: il trasporto pubblico locale*, in *Mercato concorrenza regole*, 2014, 1, 117-138, M. Ponti, *I trasporti pubblici locali: cronaca di una morte annunciata*, Bologna, 2014, 1, 38-44, L. Ammannati, A. Canepa, *La politica dei trasporti in Europa: verso uno spazio unico?*, Torino, 2015, S. Torricelli, *Uber nel mercato italiano del trasporto pubblico non di linea: un ospite senza invito*, in *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, 2017, 13, pp. 147-165. L. Ammannati, *Diritto alla mobilità e trasporto sostenibile. Intermodalità e digitalizzazione nel quadro di una politica comune dei trasporti*, in "Federalismi.it", 2018, 4, 1-28, G. Caia, *Il trasporto pubblico locale come paradigma del servizio pubblico*, in *Osservatorio costituzionale*, 2018, 3, 1-13.
8. Literally, Law no. 21 of 1992 defines non-scheduled public transport by resorting to a finalistic criterion, identifying it in that service *«which provides for the collective or individual transport of people, with a complementary and integrative function with respect to public rail, car, maritime, lake line transport and planes, and which are carried out, at the request of those transported or transported, on a non-continuous or periodic basis, on itineraries and according to timetables established from time to time»*.
 9. The public nature of non-scheduled transport services is controversial and fueled doctrinal and jurisprudential debate. Currently, taxi service is recognized as a public service due to the nature of the activity carried out, for the authoritative elements such as the mandatory nature of the service, remuneration with administered tariffs, the recognition of the car, subsidy on excise duties for fuel, the possibility of accessing restricted traffic areas and the parking of vehicles on public land, the right to travel the preferential lanes of urban centers and the granting of licenses for carrying out the activity. TAR Liguria, sez. II, 14 aprile 1993, n. 17.
Noleggio con conducente, on the other hand, tends to be qualified as a non-scheduled private transport service, as it is characterized by the non-mandatory nature of the service, the factual determination of the price, the prohibition on parking and, sometimes, circulation in the spaces reserved for public transport, the indistinguishability of vehicles and the mandatory nature of the systematic departure from the garage.
G. Pizzanelli, *Innovazione tecnologica e regolazione incompiuta: il caso dei servizi di trasporto non di linea*, in *Munus*, 2016.
 10. To carry out taxi service it is mandatory to have a license, the release of which is subject to compliance with the requirements and conditions provided by the municipality, to the fulfillment of numerical quota criteria, also identified based on analyzes carried out by the Transport Regulation Authority, through comparison with other European authorities.
 11. Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento sull'autotrasporto di persone non di linea: taxi, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità, 25 may 2017.

12. AGCM, AS 1222/2015, 29 september 2015.
13. Agcm states that *«the use of these tools, through a more efficient use of the capacity to offer mobility services present in each urban context, allows greater ease of use of the mobility service, better coverage of a demand often unsatisfied, a consequent reduction in user costs, and to the extent that it discourages the use of private transport, a decongestion of urban traffic with an improvement in the conditions of supply of the scheduled public transport service and traffic circulation private»*.
14. Trib. Milano, sez. I civ., 6 luglio 2015, n. 8359, Trib. Torino, sez. spec. impr., 1 marzo 2017, n. 1553, Trib. Roma, IX sez. civ., 26 maggio 2017, n. 25857.
15. About unfair competition L. C. Ubertazzi, *Regole pubblicistiche e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1, 2003, 301-312.
16. TAR del Lazio is deciding about suspension of the interpretative circular of the Ministry of the Interior of 28 February 2019 on the non-line public transport of people who reiterates the obligation for NCC drivers and therefore also for Uber, to return to remittance at the end of each new race and introduces the burden of completing, on board the vehicle, a service sheet on electronic support. In the meantime, TAR del Lazio and Consiglio di Stato, during second-instance judgement, rejected the request for precautionary suspension of the circular requested by Uber, hoping for a swift definition of the judgment.
It will be interesting to see what interpretative solutions the administrative judge will reach: if it will continue to maintain a position of prudent caution or if he will explicitly take a position on the issue.
17. Corte cost., 15 december 2016, no. 265. Commented by d. tega, *Uber in piazza del Quirinale n. 41: la «gig economy» arriva alla Corte Costituzionale*, in *Le Regioni*, 2017, pp. 580-590, l. belviso, *Il trasporto locale non di linea fra tradizione e innovazione tecnologica. Anche la Corte Costituzionale si pronuncia*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2017, 1, pp. 170-197.
18. Regione Piemonte Law 6 July 2015, no. 14, about *«Misure urgenti per il contrasto dell'abusivismo. Modifiche alla legge regionale 23 febbraio 1995, n. 24 (Legge generale sui servizi di trasporto pubblico non di linea su strada)»*.
19. For the Constitutional Court, competition matters *«include both regulatory interventions and, primarily, affect competition, such as legislative protection measures in the proper sense, which contrast the acts and behavior of companies that are prejudicial to the competitive structure of the markets; and promotion measures, which aim to open up a market or consolidate its opening, reducing the constraints on the methods of exercising economic activities, in particular barriers to entry, and on the free development of entrepreneurial capacity and competition between companies»*.
20. There is no shortage of experiences from some Member States that have adopted a discipline aimed at promoting Uber's entry on the market such as Portugal, which was however soon repealed, and Estonia which is characterized by a particular market.
21. There're many studies about Uber n. rampazzo, *Rifkin e Uber. Dall'età dell'accesso*

- all'economia dell'eccesso*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 6, pp. 957-984, e. c. raffiotta, *Trasporti pubblici non di linea e nuove tecnologie: il caso Uber nel diritto comparato*, in *Munus*, 2016, 1, pp. 75-95, l. belviso, *Il caso Uber negli Stati Uniti e in Europa fra mercato, tecnologia e diritto. Obsolescenza regolatoria e ruolo delle Corti*, in *MediaLaw*, 2018, 1, p. tullio, *Da Uber ai robotaxi: spunti comparatistici per una riforma degli autoservizi pubblici non di linea*, in *Diritto dei trasporti*, 2018, pp. 677-697.
22. Conseil d'Etat, ord. 5 febbraio 2014 Société Allocab et autres e del Tribunal de commerce de Paris, ord. 1 agosto 2014, Association française des Taxis.
 23. Loi no 2014-1104 du 1er octobre 2014 "relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur" is so known from the name of its proponent, Senator Thomas Thévenoud, in charge of carrying out study and conciliation activities on the topic and author of the report "*Un taxi pour l'avenir des emplois pour la France*".
 24. Conseil constitutionnel, decisione n. 2015-468/469/472 QPC del 22 maggio 2015, Société UBER France SAS et autre (I), Conseil constitutionnel, decisione n. 2015-484 QPC del 22 settembre 2015, Société UBER France SAS et autre (II), Conseil constitutionnel, decisione n. 2016-516 QPC del 15 gennaio 2016, M. Robert M. et autres.
 25. The reference is to the study promoted by the Conseil d'Etat in 2017 entitled "*Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l'«uberisation»*".
 26. High Court, Transport for London v Uber London Limited, Licensed Taxi Drivers Association & Licensed Private Hire Car Association – [2015] EWHC 2918.
 27. Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Barcelona with decision of 16 July 2015.
 28. The Advocate General refers, for example, to brokerage platforms for the purchase of airline tickets or for hotel reservations.
 29. EU Court of Justice, large section, 20 December 2017, C-434/15.
 30. innovation sector records the clash between Republicans and Democrats on several fronts: for example, think about the hypothesis of regulating information on platforms and net neutrality. One of the first acts of the Trump Presidency was the replacement of the Open Internet Order, strongly desired by the Obama Presidency, with a new discipline, Restoring Internet Freedom, which introduced a more flexible regime for digital operators, instead limiting the guarantees imposed by the need for net neutrality.
 31. Is interesting the anecdote reported by e. biale, *Uber: il costo di un'innovazione senza regole*, Il Mulino, 2015, 5, p. 813. During the last presidential elections, Hillary Clinton argued the need to regulate the work and on demand services deriving from the platforms, provoking the criticisms of the Republican candidates who accused her of wanting to put a brake on the market. Jeb Bush, a Republican candidate, used the Uber service for the entire election campaign to emphasize his position.
 32. For example, in the city of San Diego in California, there is an obligation to obtain an authorization for the exercise of the activity which is not however quota.
 33. L. Belviso, *Il caso Uber negli Stati Uniti e in Europa fra mercato, tecnologia e diritto. Obsolescenza regolatoria e ruolo delle Corti*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, 1.
 34. Illinois Transportation Trade Association v. City of Chicago (2016 WL 5859703). A.

- Boitani, S. Colombo, *Taxi, Ncc, Uber: scontro finale o alba di coesistenza?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2017, 1, pp. 65-69.
35. Boston Cab Dispatch e altri contro Uber Technologies Inc., n. Civ. A. 13-10769, del 27 marzo 2014.
 36. Uber Technologies, Inc. and Rasier LLC v. Second Judicial District Court of the State of Nevada, Supreme Court case No. 66875, del 20 novembre 2014.
 37. E. Mostacci, *Un arabesco regolatorio tra Federazione e Stati federati: l'avvento di Uber negli Stati Uniti*, in E. Mostacci, A. Somma (a cura di), *Il caso Uber – La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Milano, 2016.
 38. E. Caruso, *Regolazione del trasporto pubblico non di linea e innovazione tecnologica. Il caso Uber*, in *Il Diritto dell'economia*, 2018, 223.
 39. About relevance of mobility sector for the development of a new urban paradigm P. Stella Richter, V. Parisio, *La mobilité urbaine, compétences administratives et aménagement du territoire dans le système juridique italien*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2019, 6, 477-487.
 40. Communication from the Commission to The European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Sustainable and Smart Mobility Strategy – putting European transport on track for the future, 2020, COM (2020), 789 final.
 41. With a total allocation of 31.46 billion euros, Mission n. 3, “Infrastrutture per una mobilità sostenibile” aims to make, by 2026, the most modern, digital and sustainable infrastructure system capable of responding to the challenge of decarbonisation (European Commission - Strategy for intelligent and sustainable mobility) and to reduce the gaps present on the national territory.
 42. L. Ostengo, *I servizi pubblici condivisi: il trasporto pubblico non di linea come “case study” del fenomeno*, in “Ildirittoamministrativo.it”, 2016.

Soccorso istruttorio e pubblica amministrazione digitalizzata: riflessioni sulle ‘magnifiche sorti e progressive’ di un istituto dal grande potenziale, ma ancora largamente sottoutilizzato

Diana-Urania Galetta, Stefano D'Ancona e Paolo Provenzano

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-2-6

Il presente contributo si propone di delineare il profilo dell'istituto del soccorso istruttorio nella normativa e giurisprudenza più recenti. Partendo dagli elementi che connotano l'istituto in generale, l'analisi si occuperà in particolare di analizzare gli orientamenti giurisprudenziali relativi alla sua applicazione nel contesto dell'azione amministrativa digitalizzata. La proposta avanzata dagli Autori è che l'istituto possa diventare da una parte mezzo essenziale per il superamento dei problemi tecnologici e di digital divide tra cittadino e amministrazione, dall'altra strumento di attuazione dei principi di semplificazione contribuendo a ridurre gli oneri a carico dei privati che partecipano al procedimento amministrativo.

Preliminary assistance in administrative procedure and digitalized Public Administration: on the 'magnificent and progressive' fate of a tool with great potential, but still largely underused

This contribution outlines the provision of preliminary assistance in administration as seen in recent legislation and case law. First, the key elements of preliminary assistance are described. Then, the analysis addresses the jurisprudential orientations related to its application in the context of digitalized administrative action. The authors propose that, on the one hand, preliminary assistance is an essential means of overcoming technological problems and the digital divide between citizens and government administration, and, on the other, it is a tool for implementing the principles of simplification by helping to reduce the burdens on private individuals who participate in the administrative procedure.

1. Sull'istituto del soccorso istruttorio. Note introduttive.

Sovente accade che taluni istituti e principi, nati e sviluppatasi anzitutto nel diritto amministrativo speciale, vengano successivamente innalzati al rango di istituti e principi generali dell'azione amministrativa.

Anche nella nostra materia accade, infatti, che i c.d. diritti "secondi", ossia i «*ceppi normativi spostati dal tronco centrale del diritto comune e assoggettati a una logica diversa*»^[2], finiscano per «*mettere in gioco il diritto primo perché chiarisca se stesso, con ciò contribuendo alla maturazione complessiva del sistema*»^[3].

Nel diritto amministrativo ad avere tradizionalmente assunto il ruolo «*di diritto precursore o di diritto sonda*»^[4] è la disciplina relativa all'affidamento dei contratti pubblici, la cui indubbia *vis expansiva* ha in più occasioni innescato una sorta di effetto di "tracimazione" che ha portato, sia da un punto di vista sostanziale, sia da un punto di vista processuale, ad attribuire valenza generale a istituti e principi nati e sviluppatasi in tale specifico settore.

Esempio paradigmatico di tale tendenza, venendo all'oggetto del presente scritto, è dato dal modo in cui la disciplina sul "soccorso istruttorio" in materia di contratti pubblici ha influenzato e innervato settori distanti e distinti da tale materia, finendo così per divenire istituto ad applicazione tendenzialmente generale.

Se oggi, infatti, il "soccorso istruttorio" rappresenta (o meglio dovrebbe rappresentare) un doveroso ordinario *modus procedendi* che s'impone al Responsabile del Procedimento, anche al di fuori del contesto dei contratti pubblici, ciò è certamente grazie alla crescente rilevanza che è stata, via via, attribuita ad esso in detto settore.

Ebbene, muovendo da tali premesse, col presente contributo s'intende analizzare rapidamente l'istituto allo scopo di sondare se ed in che modo le nuove tecnologie digitali possano contribuire a "vincere" le ultime resistenze che si frappongono al pieno sviluppo dell'istituto in parola. Il quale, com'è stato autorevolmente osservato, rappresenta una «*filiazione*» del «*sistema partecipativo*»^[5] e, come tale, costituisce un istituto di civiltà giuridica che s'appalesa idoneo, per usare le evocative parole utilizzate nel PNRR, a rendere «*la pubblica amministrazione la migliore "alleata" di cittadini e imprese*».

Parafrasando quanto di recente scritto dalla Prof.ssa Immordino per definire il ruolo centrale che assume in una moderna amministrazione il *dominus* del “soccorso istruttorio”, ossia il Responsabile del Procedimento, può infatti dirsi che l’istituto in questione sia in grado di assicurare la «*dequotazione della forma rispetto alla sostanza*»^[6] e di consentire «*(l’)affermazione [del] principio di informalità*»^[7]. Principio, quest’ultimo, sempre per dirla con la Prof.ssa Immordino, che «*rileva non soltanto nell’ambito dell’istruttoria e dei mezzi relativi, ma anche con riferimento al loro coordinamento e alla capacità di fletterli tutti verso il raggiungimento del risultato finale, consistente nell’emanazione di un provvedimento che sia in concreto idoneo a soddisfare tutti gli interessi comunque coinvolti*»^[8].

2. Sulla crescente rilevanza assunta dal “soccorso istruttorio” nel settore dei contratti pubblici.

Come si è anticipato, è nel settore dei contratti pubblici che l’istituto del “soccorso istruttorio” si è principalmente sviluppato. Per tale settore esso ha rappresentato (e continua a rappresentare) un formidabile strumento per superare (o quantomeno limitare) l’esasperato formalismo che tradizionalmente domina la disciplina sull’affidamento dei contratti pubblici.

Sebbene la locuzione “soccorso istruttorio” sia stata per la prima volta utilizzata dal legislatore del Codice dei contratti pubblici del 2016, che la utilizza già nella rubrica dell’art. 83, è indiscusso che l’istituto in parola esistesse già prima dell’avvento del nuovo Codice, essendo stato per la prima volta disciplinato dall’art. 15 del D.Lgs. n. 358/1992. Norma, quest’ultima, che prevedeva espressamente che «*le amministrazioni possono invitare le imprese concorrenti a completare od a fornire i chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*»^[9].

Ora, tra i molteplici aspetti che rilevano con riferimento all’evoluzione espansiva che ha subito tale istituto nel corso degli anni, pare in questa sede opportuno soffermarsi in particolare su due^[10].

Anzitutto, occorre evidenziare come, pur a fronte dell’ambiguo e infelice tenore letterale delle previsioni sul “soccorso istruttorio” succedutesi nel corso degli anni, è da tempo acquisito che lo stesso rappresenti per l’Amministrazione

precedente un potere-dovere e non già un potere a esercizio eventuale e facoltativo^[11], così come era stato viceversa ritenuto da taluna giurisprudenza, secondo la quale l'attivazione o meno dell'istituto in questione «*represent(ava) una scelta discrezionale e non un obbligo*»^[12].

Le Amministrazione precedenti (*rectius* i Responsabili del Procedimento), dunque, «*ha(nno) il dovere (prima ancora che il potere)*»^[13] di venire incontro ai concorrenti, consentendo agli stessi di rimediare alle omissioni nelle quali sono incorsi^[14].

Al riguardo, è appena il caso di considerare che la «*sicura cogenza*»^[15] dell'istituto in parola, che nel nostro ordinamento è ormai ovvia e scontata^[16], non lo è in altre esperienze ordinamentali^[17], in cui il ricorso al “soccorso istruttorio” continua ad essere considerato facoltativo.

È opportuno altresì sottolineare, venendo al secondo aspetto su cui è necessario soffermarsi, che l'istituto *de quo* ha subito una vera e propria metamorfosi nel 2014. Col Decreto Legge n. 90/2014^[18] si è, infatti, al riguardo operata una rivoluzione copernicana mediante la quale si è trasformato il ricorso allo stesso da “eccezione” (quale era prima del 2014) a “regola” (quale continua ad essere anche nell'attuale contesto normativo). È con tale riforma che si sono, infatti, notevolmente allargate le maglie dell'istituto.

Il superamento dell'impostazione formalistica che fino a quel momento imperava, sia pur mossa dall'intento di ridurre drasticamente il contenzioso in materia di affidamenti di contratti pubblici^[19], ha certamente consentito di garantire (anche e prima ancora) l'interesse pubblico all'ampliamento della platea dei concorrenti alle procedure di gara.

Com'è stato, infatti, osservato da autorevole dottrina ogni stazione appaltante ha (o meglio dovrebbe avere) interesse «*alla più ampia partecipazione possibile alla gara per conseguire il più conveniente esito*»^[20]. Il che è stato a più riprese ribadito anche dalla Corte di giustizia, secondo cui «*è nell'interesse del diritto comunitario [ma diremmo anche del diritto nazionale] che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara di appalto*»^[21].

Può dunque in estrema sintesi dirsi che con la riforma del 2014 -e tale assetto è rimasto inalterato anche nel Codice dei contratti pubblici del 2016- il legislatore abbia con forza ed in modo inequivoco espresso la propria «*volontà (...) di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni*

istruttorie»^[22] .

Si è così superata l'originaria impostazione, com'è stato fatto notare più restrittiva rispetto a quella seguita dalle pertinenti norme delle direttive comunitarie^[23] , in base alla quale il “soccorso istruttorio” non poteva mai condurre alla tardiva produzione di documenti *non prodotti* entro il termine per la presentazione delle offerte^[24] .

Era infatti pacifico, prima del 2014, che il «*“soccorso istruttorio” [fosse] inoperante ogni volta che ven(issero) in rilievo omissioni di documenti*»^[25] .

Le novità introdotte nel 2014 (e poi confermate dalle previsioni successive in materia^[26]) è consistita dunque essenzialmente nel riconoscimento della possibilità per i concorrenti di integrare (in prima battuta a pagamento e poi -dopo il 2017- gratuitamente^[27]) l'incompleta documentazione depositata al momento della presentazione dell'offerta, consentendo così agli stessi di rimediare, non solo alle «*irregolarità essenziali*» delle dichiarazioni rese, ma anche alla radicale omessa presentazione di una di tali dichiarazioni. Il tutto incontrando quali unici limiti l'inalterabilità del contenuto dell'offerta^[28] e l'impossibilità di rimediare alle «*carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa*»^[29] ^[30] .

3. Sull'impatto del nuovo “soccorso istruttorio rinforzato” sulla disciplina generale sul procedimento amministrativo.

Alla luce di quanto detto, può dirsi che dopo la riforma del 2014 si è venuto configurare in materia di affidamento di contratti pubblici una sorta «*soccorso istruttorio rinforzato*»^[31] .

Ebbene, tale disciplina, come si è già anticipato, ha per via dell'effetto di trascinamento richiamato in premessa finito per rinvigorire la portata dell'istituto in questione anche al di fuori dei procedimenti di aggiudicazione di contratti pubblici, ove il “soccorso istruttorio” trova fondamento normativo anzitutto nell'art. 6, co. 1, lett. b), della l. n. 241 del 1990, per il quale -lo si ricorda- il Responsabile del procedimento «*può [ma in realtà deve^[32]] chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete*»^[33] .

Si è infatti espressamente giudicato, con riferimento a tale ultima norma, che quanto previsto in materia di contratti pubblici «*inevitabilmente si riflette anche*

sull'estensione del dovere di soccorso istruttorio nella generalità degli altri procedimenti di massa (o, comunque, in cui siano interessati una pluralità indeterminata di soggetti)^[34], nei quali devono di conseguenza ammettersi «*integrazioni documentali che consentano di superare la mancanza o incompletezza delle dichiarazioni*»^[35] presentate inizialmente.

L'evoluzione espansiva dell'istituto di cui si discorre nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica ha quindi contribuito ad innalzare il “soccorso istruttorio” a «*principio cardine vigente anche nelle procedure non direttamente e specificamente disciplinate dal Codice dei contratti pubblici*»^[36].

Del resto, la necessità di rendere l'azione amministrativa più attenta alla sostanza non può che essere ritenuta quale esigenza di portata generale, imponendosi dunque all'amministrazione, sempre e comunque, di «*squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge*»^[37]. E ciò, com'è stato espressamente giudicato, «*non tanto per attribuire all'interessato [che viene “soccorso”] un vantaggio di sua spettanza*», sibbene per perseguire l'interesse pubblico così come scolpito dalla legge^[38].

Occorre tuttavia segnalare che l'applicazione dell'istituto in parola continua ad incontrare «*alcuni limiti*»^[39]. Tra questi limiti rientrano, non solo l'esigenza di garantire nelle procedure competitive la *par condicio* tra i concorrenti, che verrebbe irrimediabilmente compromessa se ogni omissione venisse ritenuta sempre e comunque emendabile, ma anche esigenze di speditezza dell'azione amministrativa.

4. Sul soccorso istruttorio, tra procedimento amministrativo e digitalizzazione della pubblica amministrazione.

L'ingresso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC o ITC se si usa l'acronimo dell'espressione in lingua inglese) nel contesto dei procedimenti amministrativi pone oggi la necessità di stabilire quali siano (o possano essere) le coordinate applicative del soccorso istruttorio in questo nuovo contesto.

Va infatti osservato che con l'introduzione dell'obbligo di digitalizzazione^[40], riferito ormai a molti procedimenti amministrativi^[41], l'elemento tecnologico viene

in rilievo come fattore potenzialmente in grado di mettere in crisi il rapporto tra cittadino e amministrazione^[42]; o di contribuire, per l'opposto, all'attuazione del principio di semplificazione.

La casistica pone dinanzi a fenomeni in cui l'errore di gestione delle nuove tecnologie da parte del privato, compromette la partecipazione ai procedimenti.

Si prendano in considerazione, ad esempio, le operazioni strumentali alla formazione del documento informatico contenente l'istanza di partecipazione a una procedura di evidenza pubblica oppure all'invio dello stesso per via telematica o alle allegazioni di conformità relative a copie di documenti analogici richieste ai fini della validità delle copie informatiche; oppure, ancora, all'inserimento scorretto dei dati in un modulo on-line. Le ipotesi in cui i privati possano incorrere in errori nella gestione dell'elemento tecnologico potrebbero essere infinite.

Ma può anche trattarsi di errori riferiti all'utilizzo delle nuove tecnologie che coinvolgono la sfera dell'amministrazione: come, ad esempio, una cattiva gestione della piattaforma che sia in grado di processare solamente un certo numero di istanze avanzate e dunque rigetti automaticamente solamente alcune di esse ed ancora un caricamento di documenti illeggibili da parte dell'amministrazione.

Mentre in questi ultimi casi è indubbio, secondo la giurisprudenza, che il privato non possa subire le conseguenze negative derivanti dall' "incidente tecnologico" - e dunque che sia possibile il ricorso al soccorso istruttorio^[43], con conseguente potenziamento dell'istituto stesso - gli orientamenti sono invece assai più variegati quando si tratta di errori riconducibili al privato che partecipa al procedimento.

Da un punto di vista generale va evidenziato che, nel contesto di un procedimento digitale, si porrebbe l'esigenza che il responsabile del procedimento svolgesse una funzione di garanzia ancora più penetrante rispetto all'ipotesi di procedimento svolto in maniera tradizionale.

L'osservazione va nello stesso senso di quanto altrove affermato da uno degli autori di questo contributo: il funzionario responsabile del procedimento dovrebbe rappresentare «*la figura chiave per tentare di colmare quel nuovo gap fra cittadini che nella letteratura di settore è stato battezzato come divario digitale*»^[44]. Sicché, occorrerebbe che il soccorso istruttorio fosse letto attraverso una chiave interpretativa che lo ponesse in termini di strumento di riequilibrio delle disuguaglianze.

È tuttavia ben comprensibile che la tematica sia tanto più critica nel caso di procedure concorsuali, ove, come accennato nei precedenti paragrafi, vi sarebbe l'esigenza di ponderare i principi di buona fede e leale collaborazione, cui si ispira l'istituto del soccorso istruttorio, con quelli di imparzialità e *par condicio* tra contendenti e non aggravamento del procedimento^[45].

In questo quadro è dunque importante riprendere qui e riassumere i principali orientamenti giurisprudenziali al riguardo.

Analizzando in un'ottica macro la casistica di soccorso istruttorio sembra che i casi in cui l'istituto viene in rilievo siano maggiori con riferimento ai procedimenti digitalizzati proprio in ragione dell'aumento di probabilità di errore da parte del privato nella gestione dell'elemento tecnologico.

Emergono moltissime pronunce in cui i giudici negano la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio ove l'errore tecnologico di chi partecipa al procedimento ricada su elementi essenziali della domanda di partecipazione. Le sentenze più significative sono in tema di procedure ad evidenza pubblica.

E allora è comune imbattersi in pronunce in cui si afferma che la mancanza di firma digitale apposta sull'offerta tecnica costituisce carenza della domanda e dunque non sia possibile attivare il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 c. 9 del Codice dei contratti pubblici secondo cui costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa^[46]. Si tratta, naturalmente, di errori riguardanti elementi essenziali della domanda^[47] e riconducibili in termini causali alla sfera del privato – del caso opposto si è già detto - ove quindi il soccorso istruttorio sarebbe escluso anche nel caso di procedimento tradizionale.

E, tuttavia, ciò che sorprende è come questa impostazione finisca per traslare sul privato, senza alcuna possibilità di mediazione, quello che potrebbe essere definito come il rischio di “errore tecnologico procedimentale”.

La questione diventa ancora più critica nel caso di altre pronunce che non ammettono il soccorso istruttorio neanche nell'ipotesi di mere “irregolarità tecnologiche”.

Si è sostenuto, in questo senso, che è legittima l'esclusione quanto il privato invii un file che, seppure sottoscritto con firma digitale, non risulti “well-formed”^[48]. La mancanza, nelle piattaforme strumentali alla gestione del procedimento, di forme di messaggi automatici che avvisino il partecipante di aver commesso un errore

connesso all'utilizzo della tecnologia, non consentirebbero né al privato di rivendicare un legittimo affidamento^[49] né al responsabile del procedimento di attivare il soccorso istruttorio.

Secondo quest'impostazione, certamente formalistica, sarebbe necessario da parte del privato *«adempire, con scrupolo e diligenza, alle previsioni di bando e alle norme tecniche, nell'utilizzazione delle forme digitali, mettendosi altrimenti a repentaglio lo stesso funzionamento della procedura, la cui disciplina di gara è posta a garanzia di tutti i partecipanti (par condicio); l'inesatto o erroneo utilizzo, a contrario, rimane quindi a rischio del partecipante nell'ambito della propria autoresponsabilità. Né un procedimento siffatto, che è stato ideato per semplificare, può essere aggravato da adempimenti e da oneri ulteriori volti a decodificare un documento che venga prodotto da un partecipante, per propria responsabilità... in modo non conforme alla proficua fruizione da parte del sistema. Ciò infatti recherebbe in realtà pregiudizio alla stessa ratio di funzionamento del sistema informatico-telematico, che è proprio quella di consentire la celere e semplificata individuazione del migliore operatore economico offerente, ostacolando in ultima analisi l'amministrazione nell'acquisizione dei beni o dei servizi ricercati. Diversamente opinando, le questioni che potrebbero porsi, ogniqualvolta si diverga dall'attenersi con diligenza a quanto previsto in ordine alle forme digitali da utilizzarsi, potrebbero essere così varie e molteplici, tali da frustrare le potenzialità che i sistemi informatico-telematici offrono alle pubbliche amministrazioni di pervenire alla certa e rapida individuazione del miglior offerente, senza utilizzare le ormai obsolete e farraginoso procedure cartacee»*^[50].

Il trattamento riservato alla carenza di sottoscrizione digitale, in questo caso, è di per sé analogo a quello riservato alla fattispecie di mancanza di firma autografa sulla domanda di partecipazione o sull'offerta; e tuttavia la possibilità di errore è certamente amplificata dall'elemento tecnologico.

Il soccorso istruttorio, trova, anche in questi casi, il limite tradizionale dei principi di *par condicio* e imparzialità e di divieto di aggravamento del procedimento nonché, del principio di autoresponsabilità^[51]. Con riferimento a questo ultimo aspetto si va tuttavia a configurare in capo al privato che partecipi al procedimento uno "sforzo" di diligenza rafforzato rispetto a quello proprio dei procedimenti tradizionali^[52].

L'impostazione giurisprudenziale sopra evocata inizia, tuttavia, a scollarsi in

maniera ancora più evidente dai principi, in alcune ipotesi, in cui il mancato rispetto di regole tecniche da parte del privato, seppure non comprometta il fine (ad esempio l' idoneità del documento che la contiene di individuare il soggetto che l' ha formulata), comporti comunque l' esclusione dello stesso dal procedimento.

È il caso di mera difformità di formato della domanda di partecipazione (word invece che pdf) sottoscritta comunque con firma digitale.

In una pronuncia piuttosto recente del Tar Lombardia è stato affermato che l' amministrazione non sarebbe tenuta a utilizzare, al fine di codificare la domanda di partecipazione, software in grado di leggere il documento informatico presentato dal privato. E ciò sulla base della considerazione che era *«prescritto dalla legge di gara che i documenti dovevano essere obbligatoriamente presentati in formato .pdf.»*.

In conclusione, secondo i giudici di prime cure, la stazione appaltante, *«non avrebbe potuto applicare l' istituto del soccorso istruttorio, atteso che, altrimenti, avrebbe violato la par condicio tra i partecipanti alla gara, permettendo, sostanzialmente, la nuova presentazione della domanda oltre i termini stabiliti dalla lex specialis di gara»*^[53]. Il principio su cui si fonda tale orientamento sarebbe che la gestione interamente informatizzata della procedura ben può implicare l' esclusione dalla gara della domanda che *«risulti illeggibile per un guasto non dei comandi di trasmissione, ma dell' originazione del relativo file»*^[54].

Questo orientamento, in realtà, sembrerebbe tradursi in un azzeramento degli obblighi istruttori in capo al responsabile del procedimento e in uno svuotamento completo del “dovere” di soccorso istruttorio.

Gli orientamenti sopra evocati sono tuttavia avversati da altra parte della giurisprudenza che fornisce una lettura evolutiva del soccorso istruttorio rispetto al nuovo contesto procedimentale.

Infatti, in maniera opposta rispetto a quanto sin qui riferito, in alcune pronunce si sottolinea come ricadrebbe in capo all' amministrazione, e dunque al responsabile del procedimento, un obbligo di attivare il soccorso istruttorio nel caso che sia necessario sanare eventuali difformità formali delle domande presentate dai privati.

In maniera del tutto condivisibile, si evoca al riguardo un principio di diligenza professionale in capo al responsabile del procedimento, simile a quello di cui

all'art. 1176 co. 2 c.c. relativo alla diligenza nell'adempimento delle obbligazioni. È in questo senso che il Consiglio di Stato, nello stesso caso sopra richiamato, ha affermato che *«il formato utilizzato per la compilazione e l'invio della domanda di partecipazione dalle imprese suindicate non era tale da impedirne, in maniera assoluta, la corretta visualizzazione e lettura»*^[55]. Da questo punto di vista, del resto, *«la valutazione della possibilità o meno di accesso al contenuto di un documento, agli effetti applicativi delle disposizioni in tema di soccorso istruttorio, non può essere rigidamente compiuta in concreto, ovvero con riferimento alla disponibilità hic et nunc da parte della stazione appaltante degli strumenti all'uopo necessari ed alla capacità dei suoi addetti di utilizzarli conformemente alle loro potenzialità operative, ma, coerentemente con la connotazione generale ed astratta della pertinente previsione normativa, ... sulla scorta della disponibilità di quei mezzi da parte di una stazione appaltante mediamente attrezzata e della comune capacità dei suoi addetti di utilizzarli, secondo il parametro generale dell'homo eiusdem condicionis et professionis ...»*^[56].

Il ricorso al soccorso istruttorio, in questi casi, non sarebbe peraltro contrario al principio di divieto di aggravamento procedimentale proprio perché non potrebbe sostenersi che *«la necessità di effettuare operazioni ulteriori, rispetto a quella connessa alla mera apertura dei files inviati dai concorrenti mediante la stessa piattaforma elettronica sulla quale erano stati "caricati", avrebbe rappresentato un serio intralcio per il regolare svolgimento della gara... essendo agevolmente espletabili da qualunque operatore dotato di medie conoscenze informatiche...»*^[57].

Seguendo questa stessa impostazione, da altre pronunce emerge una lettura del soccorso istruttorio ancora più coerente rispetto ai principi di leale e corretta collaborazione tra privato e pubblica amministrazione nel contesto dei procedimenti digitalizzati.

I giudici, in questi casi, hanno inteso il principio di autoresponsabilità in capo ai privati che partecipino a procedure informatizzate in termini più attenuati rispetto alle pronunce sopra richiamate.

A questo proposito, è particolarmente significativa una pronuncia del T.A.R. Lazio in cui si afferma che emerge l'obbligo di soccorso istruttorio *«in considerazione della novità della procedura telematica e delle difficoltà riscontrate dall'utente in relazione al funzionamento del sistema»*. In particolare il

Tribunale amministrativo regionale ha osservato che *«nell'ambito di un procedimento tenuto con modalità telematiche la scadenza del termine di presentazione della domanda non può essere considerata alla stessa stregua della scadenza del termine di presentazione nell'ambito di un tradizionale procedimento cartaceo, in cui eventuali problematiche (ad esempio, scioperi aerei, incidenti etc.) rientrano nella comune sfera di diligenza dell'interessato. Nel caso di domande telematiche, infatti, il rispetto del termine di presentazione della domanda dipende da variabili assolutamente imprevedibili e non "quantificabili" in termine di tempo, e cioè dalle concrete modalità di configurazione del Sistema Informativo, anche qualora, come nel caso in esame, la compilazione sia affidata a soggetti più che competenti»*^[58]. Tenendo conto di queste premesse i giudici capitolini hanno osservato che emerge un principio secondo cui *«pur a fronte di procedimenti amministrativi interamente telematizzati, specie quando la presentazione della domanda sia ancorata a rigidi termini di decadenza e la compilazione della stessa si riveli di particolare complessità l'amministrazione, anche a non voler prevedere modalità ulteriori di presentazione della stessa, non può prescindere dal c.d. soccorso istruttorio ex art. 6 l. n. 241/1990»*^[59].

D'altronde, osserva lo stesso Consiglio di Stato, *«il principio di leale collaborazione tra l'amministrazione e il privato, ora scolpito nell'art. 1, comma 2-bis, l. 241/1990, evidente precipitato del principio costituzionale di cui all'art. 97 Cost., induce senza ombra di dubbio a ritenere applicabile l'istituto del soccorso istruttorio laddove un candidato incontri ostacoli oggettivamente non superabili nello svolgimento delle operazioni di presentazione della domanda di partecipazione ad una selezione quando queste siano, obbligatoriamente, eseguibili esclusivamente con modalità digitali, anche nel caso in cui egli non abbia dimostrato una brillante dimestichezza nell'utilizzo della metodologia digitale, ma l'amministrazione non abbia messo in campo idonei strumenti di accompagnamento alla procedura e di avvertenza in merito alle insidie che alcune dinamiche di avviamento della presentazione della candidatura avrebbero potuto evidenziare, laddove combinate con concomitanti operazioni di altri candidati idonee a determinare uno stress di sistema»*^[60].

Secondo questo orientamento, evidentemente, a prescindere dall'oggetto su cui ricade l'errore (potrebbe anche trattarsi di elementi essenziali), l'istituto del

soccorso istruttorio interviene allorché vi sia una situazione di oggettiva difficoltà; e dunque nei casi in cui l'errore stesso non sia addebitabile in termini di colpa al privato che partecipa al procedimento.

5. Sul soccorso istruttorio quale istituto largamente sottoutilizzato ma dal grande potenziale, soprattutto in un contesto di pubblica amministrazione digitalizzata.

È possibile a questo punto svolgere alcune considerazioni conclusive, con riguardo sia allo strumento del soccorso istruttorio in generale che, più in particolare, alla relazione possibile tra soccorso istruttorio e semplificazione nei procedimenti amministrativi digitalizzati.

Come già si è detto, il soccorso istruttorio rappresenta un'applicazione del principio del giusto procedimento. Principio che impone all'amministrazione non soltanto di accertare che siano rispettate le prescrizioni previste dalle norme (e dal bando), ma che anche *«ricomprende la possibilità di chiedere chiarimenti»*^[61]. Ciò in quanto, per dirla con le già richiamate parole dell'adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, detto principio impone all'amministrazione di *«squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte (...)»*^[62]. Affermazioni giurisprudenziali di tal fatta risultano particolarmente preziose in un contesto di amministrazione digitalizzata: ovvero che faccia ricorso agli strumenti messi a sua disposizione dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC)^[63], così come è espressamente prescritto dall'art. 3-bis della L. 241/90. Ai sensi di questa previsione - così come di recente novellata dal DL 76/2020^[64] - *«Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati»*. Il che rende evidente che - come già altrove osservato - non si tratta più di una previsione meramente programmatica e come da essa derivi oramai un obbligo vero e proprio, in capo alle Pubbliche Amministrazioni ed allo scopo di conseguire maggiore efficienza, di agire mediante strumenti informatici e telematici^[65].

In effetti, a ben guardare, l'utilizzo di detti strumenti appare funzionale non solo

rispetto all'obiettivo di «*conseguire maggiore efficienza*» nelle attività delle amministrazioni pubbliche, ma anche – come sembra emergere da molte pronunce giurisprudenziali recenti - rispetto allo scopo di ridurre gli oneri procedurali posti in capo al privato.

In questo senso sono da intendersi quelle pronunce in cui si afferma che l'onere di produrre una copia del documento di identità, che è strettamente legato alla necessità per l'Amministrazione di identificare il richiedente, «*viene meno nel caso in cui le istanze o le dichiarazioni siano invece inviate per via telematica*»^[66].

V'è da auspicarsi, invero, un ulteriore passaggio che consentirebbe di accedere a nuove forme di soccorso istruttorio. Ci si riferisce alla possibilità che l'art. 6 L. 241/90 venga interpretato nel senso di consentire al responsabile del procedimento, proprio mediante l'utilizzo degli strumenti dell'amministrazione digitale, di “accedere” lui, autonomamente e direttamente, a tutte quelle informazioni che, oggi, nel contesto dei più disparati procedimenti, sono ancora richieste ai privati che vi partecipano. E ciò avviene, nonostante il fatto che si tratti di informazioni che sono nel possesso dell'amministrazione procedente o di altre amministrazioni.

In questo senso, l'istituto del soccorso istruttorio potrebbe venire adeguatamente valorizzato nella prospettiva, ad esempio, di consentire al responsabile del procedimento di utilizzare lo strumento della cooperazione applicativa presso altra amministrazione per ottenere i dati riferiti ai partecipanti al procedimento^[67].

Si tratterebbe, in questo caso, di un'evoluzione decisiva che permetterebbe al soccorso istruttorio di trovare una nuova identità nel contesto dell'amministrazione digitale. Evitando anche il consolidarsi di quel fenomeno che - come si cercherà di spiegare nel paragrafo conclusivo, qui di seguito - si è invece prodotto, di recente, nel contesto dell'amministrazione digitalizzata e che già altrove si è identificato come principio del “once again”^[68], in opposizione al principio del c.d. “once only”.

6. Segue. Il soccorso istruttorio come strumento per consolidare il principio del “once only” ed evitare le derive del “once again”. Considerazioni conclusive.

Emerge, in effetti, un chiaro collegamento tra l'istituto del soccorso istruttorio e il

secondo aspetto della transizione digitale che il nostro Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza affianca al tema della interoperabilità: è, cioè, quello della «*piena realizzazione del principio (e obiettivo/standard della CE) del “once only”^[69], un concetto di e-government per cui cittadini e imprese debbano poter fornire “una sola volta” le loro informazioni ad autorità ed amministrazioni*»^[70].

A questo proposito si legge nel paragrafo specificamente dedicato a «*La semplificazione e la digitalizzazione*», del Dossier sul PNRR pubblicato il 21 maggio 2021 dall'Ufficio Studi di Camera e Senato, che «*Tra le priorità, in questo ambito, vi è l'effettiva attuazione del principio “once only” (l'amministrazione non chiede al cittadino e all'impresa le informazioni ed i dati di cui è già in possesso), attraverso l'accesso alle banche dati ai fini dell'acquisizione d'ufficio e dei controlli sulle autocertificazioni*» e che sono a tal fine ricomprese «*azioni volte a garantire la piena digitalizzazione dei procedimenti amministrativi (...) anche mediante l'interoperabilità dei flussi documentali e degli schemi dati tra amministrazioni*»^[71].

È in effetti auspicabile che l'attuazione del principio del “once only” nei rapporti fra pubblica amministrazione e cittadino si realizzi quanto prima.

Attualmente, invece, il cittadino è fatto oggetto di una sorta di “accanimento burocratico-amministrativo” che si manifesta attraverso il principio del “once again”. Ovverosia, posto che il cittadino interagisce con l'Amministrazione (semi)digitalizzata attraverso un PC (o tablet, o telefono cellulare etc.), senza mai doversi recare *in loco* - ma senza neppure mai potere ivi interagire con un funzionario pubblico - il risultato ultimo è che ogni segmento del procedimento amministrativo è caratterizzato dalla richiesta, da parte del funzionario pubblico che ne è materialmente incaricato, di “caricare” documenti e riempire formulari per fornire informazione che o sono già state fornite in precedenza (ad altro funzionario incaricato di occuparsi di un altro segmento del procedimento medesimo), o sono comunque nel possesso della pubblica amministrazione e sarebbero quindi autonomamente reperibili da parte del funzionario pubblico medesimo tramite lo svolgimento di un minimo di attività istruttoria “endogena” ed in una logica di “soccorso istruttorio rafforzato”, appunto. In piena coerenza, questo, con quanto richiesto dal PNRR e specificato nei molti documenti che ad esso si riferiscono.

Una utilizzazione siffatta dello strumento del soccorso istruttorio - che apra

dunque ad una sua lettura in una chiave adatta al contesto di una pubblica amministrazione “digitalizzanda”, se non ancora interamente digitalizzata - oltre a consentire a questo importante istituto di dispiegare (finalmente!) in pieno il suo potenziale, avrebbe altresì l’effetto, assai benefico, di sgravare il cittadino degli oneri che gli vengono oggi, invece, ulteriormente imposti^[72] nell’interazione con una pubblica amministrazione che sta (faticosamente) operando la sua “transizione digitale”.

Mi pare importante, infatti, che l’auspicata transizione verso l’amministrazione digitale non si compia - una volta di più e come quasi tutte le riforme che hanno avuto luogo nel corso degli ultimi trent’anni - “sulla pelle” del cittadino. Il cittadino deve dunque poterne trarre dei benefici concreti ed immediati: in termini di riduzione degli oneri a suo carico, se non di semplificazione *tout court* dei procedimenti^[73]. In questo senso, è certamente possibile una rilettura (e un rin vigorimento) dell’istituto del soccorso istruttorio nella chiave qui proposta.

Nella prospettiva da ultimo delineata - e concludendo - il soccorso istruttorio può ricevere nuova linfa vitale ed essere inteso come uno strumento essenziale al fine di effettivamente realizzare il principio del “once only” ed evitare, invece, le derive del “once again”.

1. Il lavoro è frutto della comune riflessione degli autori. Tuttavia, i parr. 1-3 sono stati redatti da P. Provenzano; il par. 4 da S. D’Ancona; i parr. 5 e 6 da D.U. Galetta. Il contributo è destinato agli *Scritti in onore di Maria Immordino*, in corso di pubblicazione.
2. Così C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi la ripresa di un tema*, in *Europa e diritto privato*, 2006, p. 397.
3. Così sempre C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi la ripresa di un tema*, cit., p. 404.
4. Tali espressioni sono mutate da F. De Leonardis, *Le trasformazioni della legalità nel diritto ambientale*, in *Diritto dell’ambiente*, a cura di, G. Rossi, Torino, 2008, p. 117, che le utilizza, però, con riferimento al diritto dell’ambiente.
5. N. Saitta, *Sul soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *www.giustamm.it*, 2013, p. 4. Il tal senso si esprime anche E. Frediani, *Il soccorso della Stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. Amm.*, 2018, p. 653, ove si evidenzia che il “soccorso istruttorio” rappresenta «uno strumento di tipo relazionale la cui attivazione consente di configurare un effettivo “dialogo procedimentale”» (E. Frediani, *Il soccorso della Stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. Amm.*, 2018, p. 653). In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2010, n.

- 3486, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nella quale si legge che il “soccorso istruttorio” rientra tra «*fra gli istituti diretti ad incentivare la leale collaborazione tra la pubblica amministrazione ed i soggetti coinvolti nel procedimento e procede, alla stregua di un diretto corollario, dal canone costituzionale del buon andamento amministrativo*» (Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2010, n. 3486, in *www.giustizia-amministrativa.it*).
6. M. Immordino, M.C. Cavallaro, N. Gullo, *Il responsabile del procedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di, M.A. Sandulli, Milano, 2017, p. 534.
 7. *Ibidem*.
 8. *Ibidem*.
 9. Il corsivo è di chi scrive.
 10. Per un'esauritiva analisi delle varie norme susseguitesi nel tempo in *subiecta materia* si rinvia a M. Occhiena, H. Garuzzo, *Documenti e informazioni complementari*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da, M.A. Sandulli, N. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, 2008, vol. II, pp. 1593 ss.
 11. A tal riguardo si vedano F. Aperio Bella, S. Caldarelli, E. M. Santoro, S. Tranquilli, *Veridica dei requisiti e soccorso istruttorio*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da, M.A. Sandulli, N. De Nictolis, Milano, 2018, vol. II, pp. 1471 ss., B. De Rosa, *Regolarizzazione della carenza documentale nelle gare per l'affidamento di lavori pubblici: facoltà o obbligo per la stazione appaltante*, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, pp. 1193 ss. e F. Lacava, *La richiesta di integrazioni e chiarimenti documentali da parte della stazione appaltante*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, a cura di, F. Saitta, Padova, 2008, pp. 395-396.
 12. Così Cons. Stato, sez. V, 11 febbraio 2005, n. 392, in *www.giustizia-amministrativa*. In termini si esprime anche Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2002, n. 3595, anch'essa in *www.giustizia-amministrativa.it*. sempre e comunquettorio nel procedimento amministrativoattuale e logica del risultato economicoistrativo» (Cons. Stato, sez. V,
 13. Così T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 19 marzo 2013, n. 422, in *www.leggiditalia.it*.
 14. Sul punto cfr. E. Frediani, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016, pp. 43 ss.
 15. Così Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4663, in *www.leggiditalia.it*.
 16. Come si è già in altra sede osservato, se il ricorso al soccorso istruttorio non fosse obbligatorio, sibbene facoltativo, «*si correrebbe il rischio, parafrasando una celebre frase di Giolitti, di veder il soccorso istruttorio applicato nei confronti dei soli “amici”, con buona pace del principio di imparzialità che rappresenta, come noto, la quinta essenza di ogni procedura competitiva*» (P. Provenzano, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D.Lgs. n. 56 del 2017*, in *Dir. dell'econ.*, 2017, p. 820).
 17. Nell'ordinamento francese è infatti assodato che «*la richiesta di regolarizzazione delle candidature costituisce una facoltà, e non un obbligo, liberamente esercitabile dal pouvoir adjudicateur*» (così P. Patrito, *La regolarizzazione documentale: dal diritto europeo ai diritti nazionali (Belgio, Francia e Italia)*, in *Urb. e App.*, 2015, p. 137).
 18. Relativamente alla riforma operata dal D.L. n. 90/2014 si rinvia a P. Provenzano, *Brevi riflessioni a margine della disciplina sugli oneri dichiarativi ex art. 38 D.Lgs. 163/2006*

contenuta nell'art. 39 del Decreto Legge n. 90/2014, in www.giustamm.it, 2014, e alla dottrina ivi citata.

19. La riforma del 2014, come si è chiarito in dottrina, ha infatti inteso «*modificare una linea di tendenza (...) tesa a concentrare una parte consistente del contenzioso in materia di contratti pubblici nella valutazione dei requisiti meramente formali di partecipazione dei concorrenti*» (così M. Lipari, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme sul processo amministrativo*, in www.giustamm.it, p. 9). In tal senso si sono espressi anche F. Saitta, *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi*, in *Giur. It.*, 2015, p. 244 e S. Foà, *Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2014, pp. 1147 ss. Sotto tale profilo si veda anche A.N.A.C., det. n. 1 dell'8 gennaio 2015, in www.anticorruzione.it, ove espressamente si riconosce che «*la novella in esame sembra finalizzata, altresì, alla deflazione del contenzioso derivante da provvedimenti di esclusione dalle gare d'appalto, per vizi formali – cui non corrisponda l'interesse sostanziale alla reale affidabilità del concorrente – sulle dichiarazioni rese dai partecipanti, con conseguente possibile riduzione dei casi di annullamento e di sospensione dei provvedimenti di aggiudicazione*».
20. Così N. Saitta, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., p. 8. In termini si è espresso anche C. Volpe, *Bandi di gara e inviti alla gara*, in *L'appalto di opere pubbliche*, (a cura di) R. Villata, Padova, 2004, pp. 404 ss.
21. Corte di giust., 19 maggio 2009, in causa C-538/07, in www.curia.europa.eu.
22. Così Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16, in www.giustizia-amministrativa.it (con riferimento a tale decisione cfr. L. De Pauli, *La svolta sostanzialistica della Plenaria sulle dichiarazioni sostitutive*, in *Urb. e App.*, 2014, pp. 1298 ss.).
23. Già prima dell'avvento del D.L. n. 90 del 2014 si era puntualmente posta in evidenza «*l'esistenza di una vera e propria dissonanza tra la previsione di cui all'art. 51 della direttiva sugli appalti del 2004 (che fa espressamente riferimento alla figura dell'integrazione) e l'art. 46 c.c.p. (che, al contrario, non richiama tale ipotesi limitandosi a prevedere soltanto le due figure del "completamento" e del "chiarimento")*» (così E. Frediani, *Il soccorso istruttorio: un istituto in cerca d'identità*, *Gior. Dir. Amm.*, 2014, 507, sub nota, n. 23). Cfr. in termini R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, p. 432.
24. Prima dell'avvento del D.L. n. 90/2014 si riteneva, infatti, che oggetto di "soccorso istruttorio" potessero essere solamente «*documenti/dichiarazioni comunque già acquisiti al procedimento amministrativo di aggiudicazione dell'appalto*». Il "soccorso istruttorio", dunque, doveva «*contenersi nei limiti di un semplice chiarimento/specificazione e completamento*» di documenti già prodotti (così S. Usai, *Ambito oggettivo di applicazione del soccorso istruttorio*, in *Urb. e app.*, 2015, p. 1078). Cfr. in tal senso Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 278, in www.giustizia-amministrativa.it, nella quale, con riferimento alla disciplina antecedente al D.L. n. 90 del 2014, si legge che «*il principio del "soccorso istruttorio" è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti (...) conseguentemente, l'integrazione non è consentita (...); è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della*

- documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi».* In termini si veda anche, tra le tante, Cons. Stato, sez. VI, 3 settembre 2014, n. 4494, in *www.leggiditalia.it*. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali conformi a quelli testé citati si rinvia a F. Aperio Bella, *Soccorso istruttorio*, cit., p. 2.
25. Così Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 278, in *www.giustizia-amministrativa.it*, per ulteriori riferimenti giurisprudenziali in tal senso si rinvia a F. Aperio Bella, *Soccorso istruttorio*, in *www.lamministrativista.it*, 2017, p. 2.
26. Come è stato osservato, infatti, anche nella disciplina del Codice dei contratti pubblici del 2016 *«sembra trovare conferma (...) la volontà univoca del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie»* (T. Di Nitto, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, p. 440).
27. Com'è noto, il “soccorso istruttorio” a pagamento è stato definitivamente superato con il D.Lgs. n. 56/2017. Sotto tale profilo Governo ha evidenziato nella relazione di accompagnamento allo schema di decreto da cui è scaturito il c.d. “Correttivo” che *«l'eliminazione del soccorso istruttorio a pagamento discende da quanto emerso dagli atti di una pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia dai quali si evince che tale previsione, presente solo nell'ordinamento italiano, sembrerebbe contraria ai principi di concorrenza previsti dal Trattato».* Al riguardo occorre però segnalare che, successivamente, la Corte di giustizia ha ritenuto che il diritto U.E. *«non ost(a), in linea di principio, a una normativa nazionale che istituisce un meccanismo di soccorso istruttorio in forza del quale l'amministrazione aggiudicatrice può, nel contesto di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, invitare l'offerente la cui offerta sia viziata da irregolarità essenziali, ai sensi di detta normativa, a regolarizzare la propria offerta previo pagamento di una sanzione pecuniaria, purchè l'importo di tale sanzione rimanga conforme al principio di proporzionalità»* (Corte giust., 28 febbraio 2018, in cause riunite C-523/16 e C-536/16, *MA.TI. Sud*). Con riferimento alle novità introdotte alla disciplina del “soccorso istruttorio” dal c.d. Correttivo cfr. F. Saitta, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il «Correttivo»*, in *Dir. Amm.*, 2019, pp. 3 ss.
28. Com'è stato puntualmente giudicato, *«il “soccorso istruttorio” non può essere utilizzato per supplire a carenze dell'offerta, sicché non può essere consentita al concorrente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi»* (Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2016, n. 2106, in *www.giustizia-amministrativa.it*). In termini si vedano: Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2016, n. 2684; Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2016, n. 3481; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 4 aprile 2016, n. 484; T.A.R. Basilicata, Potenza, sez. I, 12 aprile 2016, n. 350; Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2016, n. 1597; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 4 maggio 2016, n. 2225, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.
29. Così dispone espressamente il comma 9 dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016.
30. Per una più attenta disamina delle limitazioni al ricorso al “soccorso istruttorio”, sia consentito di rinviare a P. Provenzano, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti*:

- pre e post D.Lgs. n. 56 del 2017, cit., p. 824.*
31. Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 22 marzo 2016, n. 3580, in *www.lexitalia.it*.
 32. Com'è stato puntualmente evidenziato in dottrina «*il soccorso istruttorio non è (...) una facoltà della pubblica amministrazione nonostante il dato letterale della norma che potrebbe far pensare ad un soccorso facoltativo (l. n. 241 del 1990, art. 6 lett. b) il responsabile del procedimento "può chiedere"*», poiché si è configurato da tempo l'idea di un soccorso "forte" da intendersi come doveroso» (M. Mattalia, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2017, p. 573).
 33. Con riferimento all'art. 6 della l. n. 241 del 1990 si vedano M. Immordino, M.C. Cavallaro, N. Gullo, *Il responsabile del procedimento*, cit., P. Lazzara, *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in *L'azione amministrativa*, a cura di, A. Romano, 2016, pp. 262 ss. e F. Aperio Bella, *L'istruttoria procedimentale*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di, M. A. Sandulli, Milano 2017, pp. 343 ss.
 34. Così T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 29 ottobre 2015, n. 1088, in *www.leggiditalia.it*.
 35. *Ibidem*.
 36. Così T.A.R. Campania, sez. III, 28 settembre 2015, n. 4648, entrambe in *www.leggiditalia.it*.
 37. Così Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
 38. Così T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 1° aprile 2021, n. 172, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In tal senso si è espresso in dottrina R. Ursi, *Il responsabile del procedimento "rivisitato"*, in *Dir. Amm.*, 2021, p. 368, ove si evidenzia che la disciplina in questione «è indirizzata ad assicurare la completezza dell'accertamento fattuale: in sostanza, riguarda prioritariamente le esigenze dell'amministrazione e solo specularmente alla tutela dell'interessato».
 39. Così Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2021, n. 3664, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
 40. Sul che si rinvia anche al prossimo paragrafo 5.
 41. Le tecnologie ICT sono entrate a far parte di moltissimi procedimenti. Oltre alle procedure concorsuali cui si farà cenno nel prosieguo, si consideri, ad esempio, tutti quei procedimenti strumentali all'esercizio di attività produttive in cui le imprese devono comunicare con l'amministrazione pubblica, tramite un punto unico informatico (il c.d. Sportello unico di cui all'art. 10 del CAD) nel contesto di un procedimento interamente digitalizzato. In generale sul procedimento amministrativo elettronico, tra i primi, A. Masucci, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011. Il rilievo delle tecnologie ICT è ancora più rilevante nell'erogazione dei servizi pubblici. Sul tema, A. Masucci, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, in *Dir. Pubbl.*, fasc. 1/2019, pp. 117 ss. il quale sottolinea che con il passaggio dall'informatica alla telematica sono stati definiti in maniera del tutto nuova i rapporti fra le amministrazioni e i privati ed è stato possibile ripensare tutta la logica dell'azione amministrativa.
 42. È condivisibile l'osservazione secondo cui vi sarebbe il rischio che l'uso delle ICT si configuri come «strumento di miglioramento della relazione pubblica amministrazione-

cittadino riservato solo a pochi» piuttosto che come strumento di efficientamento del rapporto pubblica amministrazione-cittadino in una prospettiva che possa corrispondere all'idea della buona amministrazione (D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione in Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di, R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, Torino, 2020, p. 88).

43. Sul punto, è stato affermato 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 possano verificarsi, in particolare attraverso lo strumento procedimentale del soccorso istruttorio»* (T.A.R. Puglia, Lecce, 10 giugno 2019 n. 977, cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 17 settembre 2019, n.1022).Le criticità si mostrano semmai più in termini processuali e cioè relativamente all'individuazione del soggetto su cui incombe la prova dell'addebitabilità del malfunzionamento. Sul punto, in maniera condivisibile, è stato affermato che *«in caso di gara in forma telematica il rischio inerente alle modalità di trasmissione (della domanda di partecipazione alla gara) non può far carico che alla parte che unilateralmente sceglie il relativo sistema e ne impone l'utilizzo ai partecipanti; e se rimane impossibile stabilire se vi sia stato un errore da parte del trasmittente, o piuttosto la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che bandisce, organizza e gestisce la gara»* (T.A.R. Puglia, Lecce, 10 giugno 2019 n. 977). E, ancora più di recente, si è affermato che nei casi in cui non sarebbe possibile stabilire se vi sia stato un errore del trasmittente o la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio dovrebbe ricadere sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara (Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2020 n. 86). Analogamente è stato affermato che non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per tale operazione, ma non è riuscito a finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore (Cons. Stato, sez. V, n. 7922/2019 e Cons. Stato, sez. III, n. 86/2020; 4811/2020).
44. D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione*, cit., p. 90. Sul *digital divide* sia consentito rinviare a S. D'Ancona, P. Provenzano, *Gli strumenti della Carta della cittadinanza digitale*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di, R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, cit., pp. 226 ss.
45. Per l'opposto *«nei procedimenti non comparativi [il soccorso istruttorio] dispiega la sua massima portata espansiva, pressoché illimitata»* (F. Saitta, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il "correttivo"*, cit., pp. 3 ss.). Sull'esigenza di un delicato bilanciamento tra i contrapposti interessi, si veda ancora N. Saitta, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., con i richiami giurisprudenziali.
46. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 9 novembre 2020, n.11598 cfr. T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, 25 febbraio 2020 n. 138; T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 7 gennaio 2020 n. 16, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 23 novembre 2020, n.12406, Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2019 n. 5751. Sulla sottoscrizione del contratto di avvalimento, T.A.R. Lombardia, Milano, sez.

CERIDAP

- IV, 22 luglio 2020, n.1414.
47. Dall'altra parte, aumentano anche le pronunce che dichiarano che l'errore tecnologico possa essere sanato mediante il ricorso al soccorso istruttorio. Si tratta tuttavia di casi in cui è pacifico che l'errore tecnologico riguardi elementi non essenziali delle istanze o comunque sia sanabile. A tal proposito è stato, ad esempio, affermato che, il dubbio suscitato dall'apposizione delle firme digitali dei contraenti esterne al duplicato digitale della garanzia provvisoria — duplicato, quindi, di un documento originale cartaceo con firma autografa — non configura nullità della garanzia medesima, determinando, semmai, l'attivazione del soccorso istruttorio (T.R.G.A. Trentino Alto Adige, Bolzano, sez. I, 11 ottobre 2018, n.292).
48. Cons. Stato, sez. III, 11 novembre 2021, n.7507. Si trattava di un caso in cui, secondo quanto statuito dalla terza sezione, *“il file firmato p7m non risulta well-formed, non essendo un file conforme alle specifiche CADES”*; i tecnici della piattaforma funzionale alla gestione del procedimento avevano precisato in giudizio che il sistema eseguiva i seguenti controlli: verificava che l'intero file fosse stato caricato; controllava che l'estensione del file fosse tra quelle previsti nel modello utilizzato; pertanto, nessun controllo veniva eseguito sulla validità del certificato di firma digitale, né veniva verificata l'integrità del contenuto del file allegato. Il messaggio di errore di caricamento di un file veniva dunque rilevato solamente nel caso in cui il file di partenza non fosse giunto integro sul server e di conseguenza non fosse stato memorizzato nell'offerta.
49. Sul punto osserva il Consiglio di Stato che: *«tali precisazioni consentono di respingere la tesi dell'appellante secondo cui la mancata rilevazione dell'errore da parte del sistema avrebbe prodotto il legittimo affidamento sulla corretta ricezione di tutti i file: il sistema, infatti, si limita a rilevare come errori solo quelli relativi alla non integrità del documento, e non segnala, quindi, errori di altra natura»* (Cons. Stato, cit., n. 7507/2021).
50. T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 30 aprile 2021 n. 786, cfr. Cons. St., sez. V, 7 novembre 2016 n. 4645.
51. In generale sul principio di autoresponsabilità ultimamente, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 14 ottobre 2020, n.1600, cfr. *ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 22 novembre 2019, n. 13429; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 4 marzo 2019, n. 324; Cons. Stato, sez. III, 4 gennaio 2019, n. 96.
52. Sul dovere di diligenza nei procedimenti in generale, Cons. Stato, sez. II, 5 maggio 2014 n. 2289.
53. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 12 febbraio 2018, n. 412.
54. T.A.R. Lombardia, Milano sez. IV, 22 dicembre 2017, n. 2475. Su questo principio Cons. Stato, sez. III, 2 luglio 2014, n. 3329.
55. È stato aggiunto che *«sarebbe infatti stato sufficiente, a tal fine, utilizzare in maniera appropriata un software che appartiene allo strumentario digitale “di base” di qualunque soggetto (pubblico o privato) che utilizzi la modalità digitale per lo svolgimento della sua attività, o comunque da esso facilmente acquisibile e di cui la stessa stazione appaltante aveva evidentemente la concreta disponibilità (come dimostrato, si ripete, dalla verifica*

CERIDAP

- svolta in primo grado*)» (Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2018 n. 4065).
56. Cons. Stato, cit., n. 4065/2018.
 57. *Ibidem*.
 58. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 15 gennaio 2019 n. 530.
 59. T.A.R. Lazio, cit., n. 530/2019, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2021 n. 4918.
 60. Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2021, n. 4918.
 61. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 29 aprile 2014, n. 1116.
 62. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9.
 63. Più in generale su questo “fenomeno” e sulle sue molteplici implicazioni sia consentito di rinviare nuovamente a *Il diritto dell’amministrazione pubblica digitale*, a cura di, R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, cit.
 64. L’art. 3-bis è stato inserito nella L. 241/90 dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15 ed è stato ora modificato dall’art. 12, comma 1, lett. b), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.
 65. D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione* cit., p. 93.
 66. Infatti, dal combinato disposto dell’art. 65, c. 1, lett. a) del CAD e dell’art. 77, c. 6, lett. b) del Codice dei contratti, l’apposizione della firma digitale, a cagione del particolare grado di sicurezza e di certezza nell’imputabilità soggettiva che la caratterizza, è di per sé idonea a soddisfare i requisiti dichiarativi di cui al c. 3 dell’art. 38 del D.P.R. n. 445/2000, anche in assenza dell’allegazione di copia del documento di identità del dichiarante. (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 4 dicembre 2020 n. 2395 cfr. Cons. Stato, sez. III, 16 aprile 2019, n. 2493, Cons. Stato, sez. VI, 20 settembre 2013 n. 4676).
 67. La cooperazione applicativa è espressamente prevista dall’art. 47, comma 1, CAD quale strumento per le «comunicazioni di documenti tra le pubbliche amministrazioni». E in effetti, già all’interno del Piano Triennale per l’informatica nella pubblica amministrazione 2017–2019, la cooperazione applicativa fra Pubbliche Amministrazioni era stata identificata come un elemento chiave del sistema. Il Piano 2017-2019 si può leggere in: <https://docs.italia.it/italia/piano-triennale-ict/pianotriennale-ict-doc/it/2017-2019/index.html>. Per approfondimenti sul sistema pubblico di connettività e cooperazione si rinvia a G. Carullo, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, in a cura di R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, cit., pp. 191 ss. (spec. 207 ss).
 68. D.U. Galetta, *Technological Transition in response to COVID. Scattered Thoughts on the possibility of a (Technological) transition to a Digitalized Public Administration in Italy, with the help of the Recovery and Resilience Plan*, in *CERIDAP*, 2021/4, at <https://ceridap.eu> (pubblicato il 16.11.2021)
 69. Il principio è codificato nell’art. 14 del Regolamento (UE) 2018/1724 del 2 ottobre 2018 che istituisce uno sportello digitale unico per l’accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2018/1724/oj>. Nella versione italiana del Regolamento è indicato come principio «una tantum».
 70. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, in:

CERIDAP

<https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>, p. 17.

71. Schede di lettura – nn. 06, n. 219 del 27.05.2021, Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, p. 87, che si può leggere in: <https://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/DFP28.pdf>
72. Un esempio per tutti - e che traggio dalla mia esperienza diretta - è la richiesta di fornire copia del proprio documento di identità pur a fronte di documenti firmati con firma digitale. Quest'ultima è infatti di per sé perfettamente idonea a indentificare la provenienza del documento e la autenticità della firma medesima!
73. Al momento, della c.d. transizione digitale sperimenta, in effetti, per lo più solo gli effetti negativi di una pubblica amministrazione che viene largamente spogliata di quell'elemento di umanità (il contatto diretto col funzionario pubblico responsabile del procedimento) che, in fondo, è quello che rende l'esercizio dell'azione amministrativa, pur con tutti i suoi elementi di unilateralità e imperatività, accettabile ai suoi destinatari. Cfr. 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* (<http://www.federalismi.it>), fasc. 3/2019, 6 febbraio 2019, p. 22.

L'ambiente come valore e la responsabilità da 'posizione' del curatore fallimentare

Andrea Giordano

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-2-88

Il presente contributo si propone di delineare il profilo dell'istituto della bonifica ambientale in caso di fallimento o liquidazione giudiziale dell'imprenditore alla luce della normativa e giurisprudenza più recenti. Dopo aver ripercorso il dibattito giurisprudenziale sviluppatosi in materia, la sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 3/2021 ha affermato che la presenza dei rifiuti in un sito industriale e la posizione di detentore degli stessi, che il curatore fallimentare acquisirebbe al momento della dichiarazione di fallimento o a seguito della liquidazione giudiziale, radicherebbero la "legitimatio ad causam" della stessa curatela. In tal senso, alla luce della Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n.1, è stata conferita dignità costituzionale all'ambiente, innovando ulteriormente l'istituto qui in commento, soprattutto alla luce delle disposizioni dettate dalla Legge Fallimentare.

The environment as a value and the responsibility of the trustee in bankruptcy

This paper focuses on the topic of environmental remediation in the case of bankruptcy or judicial liquidation of an entrepreneur, in light of the most recent legislation and case law. After going over the jurisprudential debate that has developed on the issue, the Italian Council of State, with its judgment (Plenary) no. 3/2021, stated that the presence of waste on an industrial site and the position of the keeper of the site (a position which the bankruptcy trustee would acquire at the time of the declaration of bankruptcy or following judicial liquidation), would root the "legitimatio ad causam" of the trustee. In light of Constitutional Law Feb. 11, 2022, No. 1, constitutional dignity was granted to the environment, further developing the law in this area, especially in the context of the provisions laid down in the Bankruptcy Law.

1. Introduzione

Il diritto ambientale è un diritto “per principi”^[1]; e i principi mutano al mutare dell’esperienza.

È questo il caso del principio “chi inquina paga”^[2], la cui metamorfosi, già avviata dalla sentenza Cons. St., Ad. Plen., n. 10/2019^[3] (che aveva contribuito, in linea con la pronuncia Corte di giustizia U.E., 13 luglio 2017, C-129/16^[4], alla “oggettivizzazione”^[5] della tutela dell’ambiente^[6]), è stata alimentata dalla più recente pronuncia n. 3/2021 della stessa Plenaria^[7]. Dovendo stabilire su chi gravassero gli oneri di ripristino ambientale, ex articolo 192 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, di siti contaminati in caso di fallimento/liquidazione giudiziale dell’imprenditore, il Consiglio di Stato ha ritenuto “oggettivamente” responsabile la curatela fallimentare. Il curatore (e, soprattutto, i creditori) “pagano”, dunque, senza aver inquinato. Le recenti novelle, che hanno investito l’assetto costituzionale e il sistema della crisi d’impresa, aggiungono *nova* ai punti di domanda che costellano la composizione del valore “ambiente” con l’interesse del ceto creditorio.

2. Il dibattito pretorio e la sentenza Cons. St., Ad. Plen., n. 3/2021

Approdo di un denso dibattito pretorio, la sentenza Cons. St., Ad. Plen., n. 3/2021 è stata preceduta da tre orientamenti distinti.

Secondo una prima impostazione, non succedendo il fallimento all’impresa fallita, il curatore non potrebbe mai essere destinatario di un’ordinanza di rimozione dei rifiuti^[8].

Lo statuto del “detentore” non risponderebbe alla funzione espletata dal curatore. Sarebbe abnorme, e comunque incompatibile con il principio “chi inquina paga”, addossare sul suddetto una responsabilità che non sarebbe stata neppure del proprietario incolpevole; produrrebbe un effetto di «*automatica manleva nei confronti dei “veri” responsabili dell’inquinamento (id est, in tesi: i soggetti muniti di responsabilità gestoria nei confronti dell’impresa inquinante)*»^[9].

Una diversa esegesi ha, invece, giustificato la legittimazione passiva del curatore sulla base della sua qualità di detentore dei rifiuti insistenti sul fondo^[10].

Alla stregua del diritto unionale, i costi della gestione dei rifiuti sarebbero sostenuti dal produttore iniziale, o dai detentori del momento, o dai detentori precedenti dei rifiuti; la detenzione dei rifiuti darebbe luogo a una «*obbligazione comunitaria avente un duplice contenuto: (a) il divieto di abbandonare i rifiuti; (b) l'obbligo di smaltire gli stessi*»^[11].

Assumendo la custodia dei beni del fallito, la curatela, anche quando non prosegue l'attività imprenditoriale, non potrebbe avvantaggiarsi dell'esimente interna di cui all'articolo 192, comma 3, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, invocabile dal solo proprietario incolpevole del fondo.

Tra i due estremi si colloca una terza lettura, mediana, che ha ritenuto il curatore passivamente legittimato nei soli casi in cui sia stato disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa o sia peggiorata la situazione ambientale in costanza di fallimento/liquidazione giudiziale^[12].

L'Adunanza Plenaria ha optato per il secondo orientamento.

La presenza dei rifiuti in un sito industriale e la posizione di detentore degli stessi, che il curatore fallimentare acquisirebbe al momento della dichiarazione di fallimento/liquidazione giudiziale (in forza dell'inventario dei beni dell'impresa^[13]), radicherebbero la *legitimatio ad causam* della stessa curatela.

A conclusione siffatta si approderebbe in virtù di una lettura del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 conforme al diritto unionale e, più in particolare, ai principi di prevenzione e responsabilità.

Il primo pilastro della ricostruzione compiuta dall'Adunanza Plenaria si rinverrebbe nell'articolo 3, paragrafo 1, punto 6, della Direttiva 2008/98/CE, che definisce il "detentore" quale persona fisica o giuridica che è in possesso dei rifiuti; perché si abbia detenzione, basterebbe la «*sussistenza di un rapporto gestorio, inteso come "amministrazione del patrimonio altrui"*»^[14].

Il secondo pilastro sarebbe rappresentato dall'articolo 14, paragrafo 1, della citata direttiva, secondo cui i costi della gestione dei rifiuti vengono sostenuti dal produttore iniziale oppure dal detentore del momento o dai detentori precedenti dei rifiuti.

La ricostruzione ermeneutica avrebbe, come base, il principio "chi inquina paga", di cui al considerando n. 1 della Direttiva 2008/98/CE, nel cui ambito solo chi, come il proprietario incolpevole del terreno su cui i rifiuti insistano, non è detentore dei rifiuti potrebbe invocare l'esimente interna di cui all'articolo 192,

comma 3, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

La curatela fallimentare, siccome custode dei beni del fallito e quindi detentrica dei rifiuti, sarebbe, in ogni caso, onerata alla rimozione degli stessi, non potendo trarre vantaggio dall'esimente interna.

L'analisi economica del diritto fornirebbe, nella ricostruzione del Collegio, ulteriori elementi di conforto.

L'inquinamento integrerebbe, infatti, una diseconomia esterna prodotta dall'attività di impresa; si giustificherebbe, pertanto, che i costi di una esternalità negativa siffatta vadano a gravare sulla massa dei creditori, che beneficiano degli utili del fallimento e, più in generale, dei positivi effetti dell'ufficio della curatela fallimentare.

Insieme al principio "chi inquina paga", anche la «*realtà economica sottesa alla relazione che intercorre tra il patrimonio dell'imprenditore e la massa fallimentare di cui il curatore ha la responsabilità*»^[15] indurrebbero a escludere che i costi della bonifica abbiano a gravare sulla collettività incolpevole.

La complessiva ricostruzione compiuta dalla Plenaria si porre in diretta linea di continuità con la precedente sentenza Cons. St., Ad. Plen., n. 10/2019^[16] e con la pronuncia Corte giust., sentenza 13 luglio 2017, C-129/16^[17].

Che il curatore possa rispondere per il solo fatto della detenzione sarebbe, infatti, compatibile con il principio statuito dal precedente arresto della medesima Plenaria, che non ha stimato necessaria la prova dell'elemento soggettivo.

Coerentemente con la natura oggettiva della responsabilità ambientale di matrice eurounitaria, il c.d. decreto Ronchi avrebbe introdotto misure preordinate alla sola salvaguardia del bene-ambiente, e non anche alla sanzione dell'autore del pregiudizio; la bonifica avrebbe una funzione, analoga a quella del rimedio della reintegrazione in forma specifica (articolo 2058 c.c.), di reintegrare il valore ambientale.

La giurisprudenza europea consentirebbe, del resto, che, insieme agli utilizzatori dei fondi, siano responsabili anche i proprietari degli stessi, indipendentemente dal ricorrere di un nesso di causalità tra la loro condotta e i danni concretamente prodotti.

Nessun rilievo lo avrebbe l'ipotetica incapacienza del fallimento rispetto ai costi della bonifica; incapacienza che integrerebbe un'evenienza di mero fatto, tale da consentire l'attivazione degli strumenti ordinari azionabili in caso di inerzia

dell'obbligato (segnatamente, il diretto intervento del Comune e la conseguente possibilità del medesimo di insinuarsi al passivo nei limiti delle spese erogate).

Nell'alveo delle eventualità di mero fatto rientrerebbe pure la scelta del curatore fallimentare di rinunciare all'acquisizione del bene, di cui all'articolo 42, comma 3, della Legge Fallimentare; opzione che si appaleserebbe, comunque, inapplicabile al caso di specie, riferendosi il disposto ai soli beni che entrano nel patrimonio dell'imprenditore dopo la dichiarazione di fallimento/liquidazione giudiziale (e non anche a quelli di proprietà dell'imprenditore nel momento in cui quest'ultima è intervenuta).

3. Prospettive ermeneutiche dopo la legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1

Il *thema* riceve nuova linfa dalla legge 11 febbraio 2022, n. 1, che ha conferito espressa dignità costituzionale all'ambiente ^[18].

In particolare, a tenore del vigente articolo 9 della Costituzione, la Repubblica «*Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*» ^[19]; stando, poi, all'articolo 41 della stessa Carta, «*L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economia pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali*».

L'ambiente è, dunque, nell'olimpico dei principi fondamentali della Carta; assurge a interesse primario, che le generazioni presenti e future sono tenute a preservare. Irrompe, poi, nella Costituzione economica, imponendo di rivedere la, mai sopita, dialettica tra autorità e libertà.

Insieme alla salute, alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, l'ambiente limita l'iniziativa economica privata; e i fini ambientali orientano quest'ultima, tanto da giustificare un ruolo nevralgico dello Stato nello scenario economico ^[20].

Sembra, dunque, acquisire rilievo la teorica della responsabilità sociale dell'impresa insolvente, che ha destato recente interesse nella dottrina di diritto commerciale ^[21].

Alla considerazione dell'interesse creditorio dovrebbe aggiungersi la (rafforzata)

valorizzazione di interessi-altri, posta la necessaria armonizzazione delle procedure concorsuali con i valori che regolano la vita dell'impresa e il contesto in cui opera. La sostenibilità, promossa dal *Green Deal*^[23] e prima ancora dall'Agenda ONU 2030^[23], si fa strada nella politica aziendale, orientando l'attività dell'impresa anche nello stadio dell'insolvenza.

L'architettura dell'Adunanza Plenaria sembra, dunque, trovare motivi di conferma.

Eppure, l'iniziativa economica privata non è stata soppressa dalla novella costituzionale; ed è stata promossa dalle riforme che si sono avvicinate nel contesto dell'emergenza pandemica.

Come la dottrina ha, recentemente, osservato (e le più recenti novelle^[24] e il Piano italiano di Ripresa e Resilienza^[25] sembrano dimostrare), il diritto dell'ambiente è oggi un diritto di riconciliazione^[26], vivificato dal principio di integrazione^[27]; le istanze ambientali non postulano monopolistiche riserve, ma si coniugano con quelle proprie delle attività umane tese a produrre ricchezza.

Nell'ottica del diritto della crisi d'impresa, l'interesse creditorio, saldamente radicato nella Costituzione (tanto quanto lo è l'interesse ambientale), orienta la materia concorsuale, pur all'esito del Codice^[28] di prossima vigenza^[29]; è, anzi, primario nel contesto delle procedure volte a regolare la crisi e l'insolvenza.

L'uso, sovente "alternativo", di queste ultime procedure^[30] e il ridimensionamento della tradizionale correlazione tra stato di insolvenza e liquidazione soddisfattiva controllata^[31] non erodono la tensione delle procedure concorsuali verso la tutela del ceto creditorio.

Il diritto tedesco pone, a tutt'oggi, al primo posto la migliore soddisfazione collettiva dei creditori (§ 1 *InsO*); e il primario interesse dei creditori trova riflesso nei poteri che gli stessi vantano quanto a gestione della procedura concorsuale.

Anche il diritto francese, pur attento agli interessi-altri nelle procedure di *sauvegarde*^[32], consacra la primazia del diritto soggettivo di credito nella *liquidation judiciaire*.

Il nostro ordinamento non contraddice tali tendenze allorché vieta di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali dal momento della dichiarazione di fallimento/liquidazione giudiziale^[33]; prevede la chiusura del fallimento in difetto di creditori concorrenti^[34]; impedisce la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa che danneggia l'interesse dei creditori (inutilmente appesantendo la massa

passiva)^[35] ; autorizza l'affitto dell'azienda solo se è utile alla sua più proficua vendita^[36] .

In tale ambientazione si colloca il dettato dell'articolo 104-ter, comma 8, Legge Fallimentare^[37] , secondo cui «*Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente*»; disposto che trova precisa corrispondenza nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (articolo 213, comma 2^[38]).

Spetta ai creditori valutare la convenienza dell'acquisizione del bene; la stima di costi (in ipotesi legati alla bonifica) che sovrastino i possibili ricavi suggerisce la sua derelizione.

Salvo sradicare l'interesse creditorio dal nucleo del diritto della crisi d'impresa, occorre, in definitiva, interrogarsi sui potenziali effetti di un'esegesi che alla legittimazione passiva di "default" della curatela sommi l'impossibilità di abbandonare i beni su cui insistano rifiuti.

Il curatore sarebbe gravato da una responsabilità da posizione, per il solo fatto di essere "detentore"; su di lui graverebbe la spada di Damocle delle sanzioni penali contemplate dal Codice dell'ambiente^[39] ; i creditori sconterebbero, in automatico, una decurtazione dell'attivo, sacrificando il loro interesse sull'altare - pur nobile - dell'ambiente.

Se i nuovi valori non si sostituiscono ai primari interessi che caratterizzano il diritto concorsuale, occorre valorizzare il dettato dell'articolo 104-ter, comma 8, Legge Fallimentare (e dell'articolo 213, comma 2, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza) e, così, consentire la *way out* della non acquisizione del bene all'attivo o della rinuncia alla sua liquidazione.

Disapplicare il disposto, il cui contenuto non è stato alterato dal Codice della crisi, e addossare sempre e comunque i costi di bonifica sul ceto creditorio^[40] vanificherebbe l'*ubi consistam* della procedura liquidatoria.

La riforma costituzionale non stravolge la dialettica che pervade la Carta fondamentale; induce alla rafforzata tutela dell'ambiente, ma non ne impone la protezione in danno all'interesse creditorio. Continua a ricordarci, come ha fatto dalla sua genesi, che non esistono interessi despotici, né egemonie tiranniche^[41] , ma ragioni di un dialogo^[42] ancora, inevitabilmente, in essere.

1. Ad es., P. Dell'Anno, *Diritto dell'ambiente*, Milano, 2017, p. 1. V. anche M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche innovativa) e molte lacune*, in Forum di quaderni costituzionali, n. 3/2021, pp. 292-293; P. Dell'Anno - E. Picozza (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente. Principi generali*, Padova, 2012, pp. 30-ss.; V. Fanti, *Il diritto amministrativo per principi*, in Dir. e proc. amm., n. 2/2014, p. 425; R. Ferrara, *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in Foro amm.-T.A.R., 2009, p. 1945. Più in generale, sulla centralità dei principi nel diritto amministrativo, M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e principi generali*, in Id. (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Milano, 2010, p. 67: «Assistiamo alla crescita esorbitante, alla frantumazione, alla contraddittorietà delle regole poste dalla normazione primaria e subordinata. [...] Tutto ciò è dovuto non soltanto all'inadeguatezza della legislazione e della regolamentazione - ultranazionale, statale e decentrata - ma anche all'obiettiva difficoltà di disciplinare materie particolarmente complesse, come i rischi ambientali, i mercati finanziari, le comunicazioni elettroniche, l'energia, la bioetica. Di qui la rilevanza centrale dei principi, per ricondurre a maggiore uniformità od omogeneità disposizioni frammentarie e talora discordanti le une rispetto le altre, per garantire maggiore certezza giuridica e per assicurare tutele più solide ai destinatari». Sull'importanza dei principi, v. anche A. Massera, *I principi generali*, in M. P. Chiti - G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo* (coordinato da G. F. Cartei e D. U. Galetta), Milano, 2007, p.te generale, tomo I, p. 356; G. Rossi (a cura di), *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2020, p. 90.
2. V., ex multis, F. de Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005; P. Dell'Anno - E. Picozza (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente. Principi generali*, cit., pp. 33-ss., pp. 331-ss.; F. Goisis, *Caratteri e rilevanza del principio comunitario 'chi inquina paga' nell'ordinamento nazionale*, in Foro amm.-C.d.S., n. 11/2009, pp. 2711-ss.; R. Leonardi, *L'oggettivizzazione della responsabilità in tema di bonifiche ambientali e l'affermazione dell'ambiente come bene inviolabile*, in Riv. giur. edilizia, n. 6/2019, p. 1548; Id., *La responsabilità in tema di bonifica dei siti inquinati: dal criterio soggettivo del "chi inquina paga" al criterio oggettivo del "chi è proprietario paga"?*, ivi, n. 1/2015, p. 1; R. Lombardi, *Il problema dell'individuazione dei soggetti coinvolti nell'attività di bonifica dei siti contaminati*, in P. M. Vipiana (a cura di), *La bonifica dei siti inquinati: aspetti problematici*, Padova, 2002, p. 111; E. Maschietto, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea conferma la compatibilità della disciplina italiana sul "proprietario incolpevole" dell'inquinamento con i principi comunitari in materia ambientale*, in Riv. giur. ambiente, n. 30/2015, pp. 33-41; Ead., *La Corte di Giustizia conferma l'ammissibilità delle normative derogatorie 'in peius' al principio 'chi inquina paga': il caso dell'Ungheria*, ivi, n. 3/2017, pp. 490-500; M. Meli, *Il principio comunitario 'chi inquina paga'*, Milano, 1996. Per una recente affermazione del principio, v. Cons. St., sez. V, 7 marzo 2022, n. 1630, in www.giustizia-amministrativa.it.
3. Cons. St., Ad. Plen., 22 ottobre 2019, n. 10, in www.giustizia-amministrativa.it, che aveva

enunciato il seguente principio di diritto: «*la bonifica del sito inquinato può essere ordinata anche a carico di una società non responsabile dell'inquinamento, ma che sia ad essa subentrata per effetto di fusione per incorporazione, nel regime previgente alla riforma del diritto societario, e per condotte antecedenti a quando la bonifica è stata introdotta nell'ordinamento giuridico, i cui effetti dannosi permangano al momento dell'adozione del provvedimento*».

4. Corte di giustizia U.E., 13 luglio 2017, C-129/16, in <https://curia.europa.eu>: «1) *Le disposizioni della direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, lette alla luce degli articoli 191 e 193 TFUE devono essere interpretate nel senso che, sempre che la controversia di cui al procedimento principale rientri nel campo di applicazione della direttiva 2004/35, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, esse non ostano a una normativa nazionale che identifica, oltre agli utilizzatori dei fondi su cui è stato generato l'inquinamento illecito, un'altra categoria di persone solidamente responsabili di un tale danno ambientale, ossia i proprietari di detti fondi, senza che occorra accertare l'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta dei proprietari e il danno constatato, a condizione che tale normativa sia conforme ai principi generali di diritto dell'Unione, nonché ad ogni disposizione pertinente dei Trattati UE e FUE e degli atti di diritto derivato dell'Unione.* 2) *L'articolo 16 della direttiva 2004/35 e l'articolo 193 TFUE devono essere interpretati nel senso che, sempre che la controversia di cui al procedimento principale rientri nel campo di applicazione della direttiva 2004/35, essi non ostano a una normativa nazionale, come quella controversa nel procedimento principale, ai sensi della quale non solo i proprietari di fondi sui quali è stato generato un inquinamento illecito rispondono in solido, con gli utilizzatori di tali fondi, di tale danno ambientale, ma nei loro confronti può anche essere inflitta un'ammenda dall'autorità nazionale competente, purché una normativa siffatta sia idonea a contribuire alla realizzazione dell'obiettivo di protezione rafforzata e le modalità di determinazione dell'ammenda non eccedano la misura necessaria per raggiungere tale obiettivo, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare*».
5. In termini, ad es., R. Leonardi, *L'oggettivizzazione della responsabilità in tema di bonifiche ambientali e l'affermazione dell'ambiente come bene inviolabile*, cit., p. 1548.
6. Per il dibattito pretorio antecedente, v., in particolare, la sentenza Corte di giustizia U.E., 4 marzo 2015, C-534/13, in <https://curia.europa.eu> («*La direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, deve essere interpretata nel senso che non osta a una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale, nell'ipotesi in cui sia impossibile individuare il responsabile della contaminazione di un sito o ottenere da quest'ultimo le misure di riparazione, non consente all'autorità competente di imporre l'esecuzione delle misure di prevenzione e di riparazione al proprietario di tale sito, non responsabile della contaminazione, il quale è tenuto soltanto al rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nel limite*

- del valore di mercato del sito, determinato dopo l'esecuzione di tali interventi»); la relativa questione pregiudiziale era stata sollevata dalla pronuncia Cons. St., Ad. Plen., 25 settembre 2013, n. 21, in www.giustizia-amministrativa.it («se i principi dell'Unione Europea in materia ambientale sanciti dall'art. 191, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dalla direttiva 2004/35/Ce del 21 aprile 2004 [articoli 1 e 8, n. 3; tredicesimo e ventiquattresimo considerando] - in particolare, il principio "chi inquina paga", il principio di precauzione, il principio dell'azione preventiva, il principio, della correzione, in via prioritaria, alla fonte, dei danni causati all'ambiente - ostino ad una normativa nazionale, quale quella delineata dagli articoli 244, 245, 253 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, che, in caso di accertata contaminazione di un sito e di impossibilità di individuare il soggetto responsabile della contaminazione o di impossibilità di ottenere da quest'ultimo gli interventi di riparazione, non consenta all'autorità amministrativa di imporre l'esecuzione delle misure di sicurezza d'emergenza e di bonifica al proprietario non responsabile dell'inquinamento, prevedendo, a carico di quest'ultimo, soltanto una responsabilità patrimoniale limitata al valore del sito dopo l'esecuzione degli interventi di bonifica»).
7. Cons. St., Ad. Plen., 26 gennaio 2021, n. 3, in www.giustizia-amministrativa.it («ricade sulla curatela fallimentare l'onere di ripristino e di smaltimento dei rifiuti di cui all'art. 192 d.lgs. n. 152-2006 e i relativi costi gravano sulla massa fallimentare»), su cui v., in particolare, O. M. Caputo, *La curatela fallimentare come istituzione per la tutela e il ripristino dell'ambiente*, in *Giur. it.*, n. 12/2021, pp. 2742-2745; M. Fabiani - F. Peres, *La posizione del curatore e gli obblighi di ripristino ambientale*, in *Il fall.*, n. 5/2021, pp. 615-627; G. Gabassi, *Gli obblighi ambientali del curatore fallimentare. Note a margine di Cons. St. 3/2021*, in www.dirittodellacrisi.it, pp. 1-40.
 8. Ad es., Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5668, in www.giustizia-amministrativa.it.
 9. Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5668, cit., che pure aggiunge: «[...] nessuna impresa (e per essa i suoi vertici responsabili) avrebbe interesse a stanziare investimenti volti ad attenersi a politiche di stretto rispetto delle disposizioni in materia ambientale, ove avesse consapevolezza che gli eventuali danni all'ambiente prodotti sarebbero successivamente ripianati in danno dei creditori, mercé l'utilizzo dei residui attivi della gestione di impresa; [...] non può accettarsi che la legittimazione passiva in subiecta materia sia della Curatela, in quanto ciò determinerebbe un sovvertimento del principio "chi inquina paga", scaricando i costi sui creditori che non hanno alcun collegamento con l'inquinamento».
 10. Cons. St., sez. IV, 25 luglio 2017, n. 3672, in www.giustizia-amministrativa.it.
 11. Cons. St., sez. IV, 25 luglio 2017, n. 3672, cit.
 12. T.a.r. Campania, Napoli, sez. V., 20 giugno 2018, n. 4078, in www.giustizia-amministrativa.it.
 13. Articoli 87 ss. Legge Fallimentare. Sul punto, v., tuttavia, G. Gabassi, *Gli obblighi ambientali del curatore fallimentare. Note a margine di Cons. St. 3/2021*, cit., p. 12: «[...] il riferimento dell'Adunanza Plenaria alla inventariazione dei beni ex artt. 87 e ss L. fall. quale momento determinativo dell'acquisizione della qualifica di detentore da parte del

curatore appare impropria: essendo le vicende traslative di beni immobili soggette a pubblicità, gli immobili “sono” nel patrimonio fallimentare per il solo fatto che un atto che trasferisce il diritto di proprietà opponibile a terzi è trascritto nei registri immobiliari a favore del soggetto fallito, tant’è che dei beni immobili nella prassi di molti tribunali non si fa neppure una ricognizione con il cancelliere, né la trascrizione della sentenza di fallimento assume rilevanza di pubblicità dichiarativa, ma solo di mera informazione ai terzi, senza che alcuna conseguenza giuridica in termini di validità od opponibilità della procedura fallimentare o dei negozi dipenda dalla sua mancanza».

14. Cons. St., Ad. Plen., 26 gennaio 2021, n. 3, par 3.
15. Cons. St., Ad. Plen., 26 gennaio 2021, n. 3, par 5.
16. Cons. St., Ad. Plen., 22 ottobre 2019, n. 10, in www.giustizia-amministrativa.it.
17. Corte di giustizia U.E., sez. II, 13 luglio 2017, C-129/16, cit.
18. Sulla riforma, v. L. Cassetti, *Salute e ambiente come limiti “prioritari” alla libertà di iniziativa economica?*, in Federalismi.it - paper, 23 giugno 2021, pp. 1-7; M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell’ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche innovativa) e molte lacune*, cit., p. 312; A. Cioffi - R. Ferrara, *Ambiente e costituzione*, in *Giustizia insieme*, 7 aprile 2022; A. L. de Cesaris, *Ambiente e Costituzione*, in Federalismi.it - paper, 23 giugno 2021, pp. 1-4; F. de Leonardis, *La riforma “bilancio” dell’art. 9 Cost. e la riforma “programma” dell’art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Aperta Contrada*, 28 febbraio 2022, pp. 1-14; G. di Plinio, *L’insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell’ambiente*, in Federalismi.it - paper, 23 giugno 2021, pp. 1-8; T. E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, ivi, 23 giugno 2021, pp. 1-4; I. A. Nicotra, *L’ingresso dell’ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, ivi, 23 giugno 2021, pp. 1-5; F. Rescigno, *Quale riforma per l’articolo 9, ivi*, 23 giugno 2021, pp. 1-5; G. Severini - P. Carpentieri, *Sull’inutile anzi dannosa modifica dell’art. 9 della Costituzione*, in *Giustizia insieme*, 22 settembre 2021. Sulla rilevanza costituzionale dell’ambiente, v., ad es., già Corte cost., 16 maggio 2019, n. 118, in www.giurcost.org; Corte cost., 14 novembre 2018, n. 198, ivi.
19. L’articolo 9 precisa pure che «*La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali*».
20. V., in generale, A. Moliterni, *La transizione alla green economy e il ruolo dei pubblici poteri*, in G. Rossi - M. Monteduro (a cura di), *L’ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020, p. 55; A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all’indirizzo politico “normativo”?*, in [Federalismi](http://Federalismi.it), n. 18/2021, p. 238.
21. M. Castellaneta - F. Vessia (a cura di), *La responsabilità sociale d’impresa tra diritto societario e diritto internazionale*, Napoli, 2019; G. D’Attorre, *La responsabilità sociale dell’impresa insolvente*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1/2012, pp. 60-92.
22. Comunicazione della Commissione dell’11 dicembre 2019 al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, *Il Green Deal Europeo*, COM (2019), 640.

23. I cui obiettivi sono reperibili in www.undp.org/sustainable-development-goals. V., in merito, A. Giordano, *L'emergenza e 'le' emergenze secondo un recente climate case*, in *Giustizia insieme*, 2020.
24. Si vedano, in particolare, il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 e il decreto-legge 30 maggio 2021, n. 77, su cui A. Giordano (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, Milano, 2021 e, con particolare riguardo alle novità in materia ambientale, M. Cocconi, *Ambiente ed energia rinnovabile*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2021, p. 742; C. Feliziani, *L'economia circolare nei decreti semplificazione e nel PNRR: quanto manca alla meta?*, in *Riv. giur. urb.*, n. 4/2021, p. 823; T. Ronchetti - M. Medugno, *Strategia nazionale per promuovere l'Economia Circolare e misure per agevolare l'attuazione degli obiettivi del PNRR*, in *Ambiente & Sviluppo*, nn. 8-9/2021, p. 599.
25. Approvato in via definitiva il 13 luglio 2021 con la decisione COM (2021) 344 final (https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/com_2021_it.pdf). Per un'analisi comparata con i Piani presentati dagli altri Paesi, v. B. P. Amicarelli - P. Clarizia - M. Manocchio - P. Marconi - G. Mocavini - R. Morgante, et al., *I piani nazionali di ripresa e resilienza in prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2021, pp. 1137-1181.
26. J. Morand-Deville, *Il giusto e l'utile nel diritto dell'ambiente*, in R. Ferrara - M. A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, p. 3.
27. V., da ultimo, R. Ferrara, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione tra mito e realtà*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, p. 12. Si vedano già M. C. Cavallaro, *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente*, in *Riv. it. dir. pubblico comunitario*, n. 2/2007, p. 467; S. Izzo, *Il principio di integrazione ambientale nel diritto comunitario*, Napoli, 2006.
28. Decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, sul quale A. Giordano - C. Tedeschi (a cura di), *Commentario al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Trani, 2021.
29. Secondo l'articolo 389 del d.lgs. n. 14/2019, cit.: «1. Il presente decreto entra in vigore il 16 maggio 2022, salvo quanto previsto ai commi 1-bis e 2. 1-bis. Il titolo II della Parte prima entra in vigore il 31 dicembre 2023»; nondimeno, l'articolo 42 del recentissimo decreto-legge «recante ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.)» recita: «All'articolo 389 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1, le parole "16 maggio 2022" sono sostituite dalle seguenti: "15 luglio 2022" e le parole "ai commi 1-bis e" sono sostituite dalle seguenti: "al comma"; b) il comma 1-bis è abrogato».
30. Si vedano, in merito, gli importanti atti del Convegno, *L'uso alternativo delle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1979, I, pp. 222-329.
31. L. Lanfranchi, *Civile giurisdizione e procedure concorsuali*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 877; Id., *Costituzione e procedure concorsuali*, in www.treccani.it, 2010.
32. L. 620-1 Code commerce.
33. Articolo 51 Legge Fallimentare; art. 150 d.lgs. n. 14/2019, cit. («Salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale

- nessuna azione individuale esecutiva o cautelare anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura»).*
34. Articolo 118 Legge Fallimentare; art. 233 d.lgs. n. 14/2019, cit. Si veda, per tutti, A. Nigro, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in Tratt. Bessone, XXV, Torino, 2012, p. 289.
 35. Articolo 104 Legge Fallimentare; art. 211, comma 2, d.lgs. n. 14/2019 («*Con la sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, il tribunale autorizza il curatore a proseguire l'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, [se dall'interruzione può derivare un grave danno,] purché la prosecuzione non arrechi pregiudizio ai creditori*»).
 36. Articolo 104-bis Legge Fallimentare; art. 212, comma 1, d.lgs. n. 14/2019 («*Anche prima della presentazione del programma di liquidazione di cui all'articolo 213, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza l'affitto dell'azienda del debitore a terzi, anche limitatamente a specifici rami, quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa*»). Si parla, del resto, in termini di liquidazione “conservativa” o “riallocativa”: v., in merito, F. Martorano, *La circolazione “di ritorno” dell'azienda nell'affitto endofallimentare*, in Dir. fall., 2010, p. 1265. Più in generale, G. Terranova, *La liquidazione fallimentare: prassi, giurisprudenza e dottrina*, in Dir. fall., 2003, p. 1662. Analoghe considerazioni potrebbero farsi in relazione all'articolo 87 d.lgs. n. 14/2019, che, in relazione al concordato preventivo con la formula della continuità aziendale, prevede che il debitore indichi nel piano «*le ragioni per le quali questa [la continuità aziendale] è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori*».
 37. Che, alla luce del tenore motivato della pronuncia Cons. St., Ad. Plen., 26 gennaio 2021, n. 3, cit., non sembra essere stato invocato nel contesto delle difese introdotte nel giudizio innanzi al Consiglio di Stato.
 38. «*Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente*».
 39. Su cui si veda, da ultima, Cass. pen., sez. III, 30 ottobre 2021, n. 10731, in www.dejure.it.
 40. Riporta tale impostazione G. D'Attorre, *La responsabilità sociale dell'impresa insolvente*, cit., p. 71, nota 40.
 41. C. Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*, Stuttgart, 1967, trad. it. *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori, con un saggio di Franco Volpi*, Milano 2008.
 42. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992. Per la giurisprudenza costituzionale, v. Corte cost., 9 aprile 2013, n. 85, in www.giurcost.org. Per le radici dell'impostazione, v. già R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard, 1977.

Democrazia elettronica, tecnica e politica: tre nozioni che non dialogano

Riccardo Nobile

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-2-13

Per mettere in questione le relazioni fra e-democracy, tecnica, tecnologia e politica occorre prima definire con precisione i contorni semantici dei termini. Definiti i termini, emerge che la democrazia elettronica solo in parte trascina con sé il nucleo essenziale della nozione di democrazia. Dato che la tecnica è l'ambiente entro il quale si dispiega la e-democracy, ciò cui essa tende non è più lo scopo principale, ossia lo scopo escludente altri scopi: il suo vero scopo è appropriarsi della tecnica, senza la quale essa neppure è pensabile. In analogo modo per le politiche, che sono poi insieme di scopi particolari cui tende l'azione organizzata di gruppi di individui e di interessi. Anche i loro portatori nulla possono di efficace se non appropriarsi della tecnica. Ma quest'ultima vuole solo il proprio autopotenziamento e nulla di più. Queste sono le insanabili contraddizioni che appaiono a un'indagine condotta con un linguaggio attentamente sorvegliato. Tecnica, politica e e-democracy sono termini in contrasto inconciliabile fra loro. I pericoli della e-democracy sono evidenti: attuazione di forme di manipolazione degli individui; creazione di stratificazioni fra utenti del web; esclusione degli utenti "non capaci"; illusione della diffusione di maggiori tassi di democrazia attraverso vere e proprie inversioni delle categorie della qualità e della quantità dell'apporto delle persone.

E-democracy and its relations with technique and politics: three notions that do not talk to each other

In order to address the relationship between e-democracy, technique and politics, the meaning of each term must be identified. E-democracy only partly carries with it the essential core of the notion of democracy. Technique is the environment within which e-democracy unfolds. Its purpose is to appropriate technology. Politics are sets of particular aims at which the organised action of groups of individuals and interests tends. There are irreconcilable contradictions between e-democracy, technique and politics; and obvious dangers of e-democracy seen in the interactions between the three.

These include manipulation of individuals; stratification between web users; exclusion of 'unable' users; the illusion of the spread of higher rates of democracy.

1. Annotazione introduttiva^[1]

Talvolta capita di imbattersi in affermazioni apparentemente seducenti: «*il diritto deve appropriarsi della tecnologia*» piuttosto che «*la politica, attraverso il diritto che essa crea, deve appropriarsi della tecnica*»^[2], soprattutto quando è *sub iudice* il suo rapporto con l'impiego di tecnologie informatiche applicate alla tenuta dei sistemi democratici^[3].

E ancora, se la politica agisce entro un ordinamento democratico, allora è la democrazia che ha bisogno della tecnologia, la quale – in qualche senso del termine – deve essere oggetto di forme di controllo. La medesima istanza è avvertita quando la democrazia opera attraverso tecnologie informatiche. Che tali enunciati e codeste osservazioni siano accattivanti è fuor di dubbio. Che essi abbiano un senso è facilmente controvertibile^[4].

Di qui la necessità di mettere in questione il rapporto fra *e-democracy*, tecnologia, tecnica e politica. L'analisi delle relazioni fra i quattro termini conduce a un vero e proprio “dis-velamento”^[5] di un arcano. Già, perché le relazioni da analizzare sono semplici solo in apparenza: esse, infatti, presuppongono la preventiva chiarificazione del significato dei termini in gioco, cosa né semplice, né agevole.

Proprio per questi motivi, per rispondere all'assillante problema occorre intraprendere una breve digressione dai contorni apparentemente estranei al *core* della questione, e che, pur tuttavia, è autenticamente baricentrica e irrinunciabile concettualmente. Essa deriva dalla necessità non prorogabile di chiarire i contorni semantici del linguaggio impiegato nell'esposizione e nella trattazione della questione^[6]: essa, infatti, è sì concettuale, ma non vi è chi non veda come nessun concetto – e a maggior ragione, ogni famiglia di concetti, soprattutto quando imparentati, – sia autenticamente ricostruibile senza aver prima definito con chiarezza i termini e i confini del linguaggio di volta in volta impiegato^[7].

Il tutto, ovviamente, senza rinunciare a indagare la realtà e a interrogarla, avendo però presente che il linguaggio guida la ricerca e le investigazioni sul mondo.

2. Tecnica e tecnologia: evoluzione dei concetti

Innanzitutto: cosa significa “tecnologia”? Senza volerci approfondire in arcane analisi glottologiche che potrebbero apparire stucchevoli e odorare di muffa, “tecnologia” è termine di derivazione colta, anzi, coltissima. Esso ha la propria duplice radice in “tékne” e in “logos”, due termini, anch’essi, non immediatamente facili da decifrare. Con “tékne” si fa usualmente riferimento ad almeno due evenienze: in primo luogo, la tecnica, in secondo luogo, l’arte. Con “logos”, la faccenda si complica un po’. E infatti, “logos” mette in questione nozioni e concetti quali il discorrere, e il prodotto del discorso; lo scrivere trattati, e il prodotto della relativa azione, ossia il trattato, per l’appunto. Ma “logos” significa anche “pensiero” (sia pure in senso traslato) e “ragione”, termini dall’opacità semantica che definire ampia è dire poco.

Senza impegnarsi troppo sull’esattezza degli *explananda*^[8] “tecnologia” fa riferimento al dire intorno alla tecnica, col che si ritorna daccapo.

Ma “tecnologia” è sovente – e più esattamente – utilizzato per mettere in questione non tanto il mero discorso sulla tecnica, bensì l’insieme degli strumenti, spesso sofisticatissimi, di cui una data e determinata comunità dispone in un altrettanto dato e determinato momento storico^[9], per provocare mutamenti, realizzare oggetti o, più in generale, prodotti, manufatti, *et similia*, ovvero per realizzare imprese, e dunque svolgere o portare a compimento attività. Insomma, il nome “tecnologia” rimanda a un insieme di strumenti di cui una determinata comunità dispone, e dunque a mezzi: mezzi tecnici, per l’appunto.

Ben diverso è il senso di “tecnica”, termine fortemente imparentato con “tecnologia”, ma che da esso deve essere accuratamente tenuto distinto. A questo proposito, non deve ingannare la comunanza delle derivazioni etimologiche. E infatti, come è stato acutamente fatto risaltare da Emanuele Severino (*ex pluribus: Il destino della tecnica*) e ripreso da Umberto Galimberti (in modo particolare, in *Técne e Psiche*), la tecnica non coincide affatto (o forse meglio sarebbe dire: «non coincide più») con gli strumenti tecnologici, ma è divenuta, da un lato l’ambiente entro cui si dispiega la vita dei mortali, e, dall’altro, lo scopo ultimo cui tendono e sono effettivamente protesi tutti i sistemi di valori, di spiegazione, di conoscenza *et coeteris paribus*^[10].

L’evenienza rimanda al mito: al mito di Prometeo, il quale percorre l’intera

parabola dello sviluppo della civiltà e del pensiero occidentale, così bene sottolineato nella sua tragicità nel *Prometeo incatenato* di Eschilo. Il mito è noto: con l'inganno, Prometeo ruba il fuoco agli dei e lo dona all'uomo, il quale, divenuto simile agli dei, proprio tramite il fuoco diviene in grado di trasformare la realtà tramite la metallurgia, forgiando oggetti e trasformando il minerale grezzo in nuovi prodotti. Di qui la punizione e il confinamento dell'ingannatore negli abissi^[11].

Miti in disparte (ma mica tanto), è il pensiero contemporaneo ad aver acutamente sottolineato cosa la tecnica sia davvero e come il relativo dominio operi sull'uomo. Qui di séguito, il pensiero di due autori, differenti per formazione e provenienza, ma straordinariamente, e forse inaspettatamente, simili nelle conclusioni^[12].

In *Técne e Psiche* il pensiero ricorre in modo esplicito e drammatico insieme^[13]: la tecnica non coincide più con un apparato di strumenti, ma con l'ambiente entro cui l'uomo vive le proprie relazioni, ambiente trasformato dalla tecnica e dagli strumenti – le tecnologie – di cui essa si avvale. Altrettanto se ne fa menzione ne *Il destino della tecnica*^[14]: la tecnica non è più mezzo, ma scopo degli scopi, della quale gli apparati vogliono appropriarsi per potenziare indefinitamente gli scopi particolari ed escludenti che essi vogliono perseguire e conseguire.

Che la tecnica intercettasse nozioni sovrapponibili a quella di strumento era particolarmente vero quando i mortali riuscivano a piegare la natura ai propri scopi, costruendo ponti, strade o navigando per i mari: in definitiva, quando essi si limitavano ad attingere alle risorse della terra, senza pretendere di modificarla. Ma oggi la tecnica ha finito con l'interferire con l'ambiente entro cui essi dispiegano la loro vita, fino al punto di divenire essa stessa l'ambiente entro cui la parabola esistenziale dell'uomo e di ciò che lo circonda si dà.

Ma vi è di più: della tecnica hanno bisogno tutti i sistemi valoriali, ideologici, conoscitivi *et similia*, e dunque tutte le forze di volta in volta in campo. Ciascuno portatore di scopi propri tipicamente egoistici, la massimizzazione dei quali presuppone l'appropriazione non tanto di tecnologie, ma della tecnica *tout court*. Come si affermino il predominio della tecnica e la civiltà della tecnica, e cosa significa che i mortali abitano l'era del dominio della tecnica è molto ben compendiato in *Técne* di Emanuele Severino. La tecnica è intimamente legata e connessa al senso della cosa, o, più precisamente, al senso dell'essere tutte le cose e

prima di tutto una cosa. Il concetto e la nozione della cosa rimandano direttamente al modo di intenderla nella filosofia greca, ove la cosa e dunque ogni ente (“to on”) appare al/nel mondo e nel tempo, manifestando tutta la sua disponibilità all’essere e al niente, ossia al venire in essere e al cessare di essere^[15] in un processo continuo di produzione e distruzione^[16].

Emblematica è la prima conclusione cui perviene il ragionamento, che qui vale la pena di trasportare *per tabulas*: «come disponibile all’essere e al niente la “cosa” è un’oscillazione infinita che percorre l’infinita distanza che separa l’essere dal niente. In questo senso essenziale, la “cosa” è la “preda” delle forze divine e umane che la conducono all’essere e al niente»^{[17] [18]}.

In questa dimensione mondana la tecnica si risolve nell’applicazione «dei metodi e dei procedimenti della scienza moderna alla grande industria»^[19], prendendo parte attiva nel processo di produzione e distruzione delle cose, con ciò attuando il senso dell’essere cosa, ossia il suo eterno oscillare fra essere e non-essere, ovvero fra il non-essere ancora e il non-essere-più. Con queste premesse, «la tecnica è la capacità, scientificamente controllata, di produrre o distruggere le cose. In linea di principio, essa considera ormai la stessa totalità delle cose come producibile e distruggibile mediante operazioni scientificamente controllate. Al fondamento del progetto tecnologico del dominio di tutte le cose sta il senso che il pensiero greco ha assegnato alla “cosa”: proporsi la produzione-distruzione scientificamente controllata di tutte le cose significa innanzitutto pensare la “cosa” come ente, ossia come ciò che può uscire e rientrare nel nulla. Il tempo è appunto questo uscire e ritornare nel nulla da parte delle cose. Solo in quanto la “cosa” è pensata come ente, cioè come essere nel tempo, è possibile il dominio tecnico delle cose. La capacità tecnica di produrre e distruggere è infatti la capacità di guidare le cose dal nulla all’essere e dall’essere al nulla»^[20].

In definitiva, nell’era della tecnica ciò che interessa non sono più gli scopi in vista dei quali si producono e si distruggono le cose, ma il processo di produzione/distruzione scientificamente e tecnologicamente organizzato, gestito e controllato *tout court*. E infatti, se è vero che «tutte le azioni dell’uomo sono determinate e guidate dal senso che le cose hanno per lui»^[21], ne segue che «poiché tutto ciò che appartiene al mondo [... di ognuno] è una “cosa”, allora tutte le azioni che egli compie sono determinate e guidate dal senso che per lui ha una “cosa”»^[22].

Il senso della cosa e la tecnica come ambiente entro cui avviene il continuo

processo di produzione e distruzione delle cose guidano a loro volta le azioni dei mortali. Ecco perché la tecnica diviene scopo degli scopi e perché tutte le forze che perseguono scopi particolari, sovente in antitetico contrasto fra di loro, hanno quale scopo primario l'impossessamento della tecnica, in assenza della quale non possono potenziare gli scopi "egoistici" di cui sono portatori.

La richiesta è teorizzata in termini espliciti da Martin Heidegger. Se ne trova traccia anche in Herbert Marcuse. Di tecnica si occupa anche Walter Benjamin, sia pure entro un contesto affatto peculiare.

Il primo ne tratta in *La questione della tecnica*^[23], ove sottolinea il timore che la tecnica sovrasti l'uomo, che ne diviene funzionario, oggi si direbbe "funzionario di apparati". Qui la tecnica viene messa in stretta relazione al "pro-durre" – la tecnica è, oltre che *tékne* anche e forse soprattutto *poiesis*, – dunque *venire-in-essere* in un contesto, o meglio uno scenario: l'apparato, del quale la persona è ed è destinato a divenire funzionario, nel senso che la sua attività rileva in quanto funzionale alla realizzazione degli scopi del primo^[24]. Qui la tecnica è sostanzialmente "dis-velamento" attuato tramite il "pro-durre"^[25], ossia il realizzare un'azione intenzionale e voluta ("*ducere*") preordinandola a uno o più scopi (è questo il senso della particella "pro"). La tecnica, inoltre, altera il rapporto fra persona e mondo, perché abbatte duplicemente le dimensioni spaziale e temporale. Attraverso la tecnica, il "qui e ora" avvicinano gli eventi, che finiscono col diventare sincroni e a-spaziali^[26]. E questo si riflette nelle/sulle relazioni intersoggettive, creando vere e proprie distorsioni comportamentali^[27].

Il secondo ne discute in *L'uomo a una dimensione*^[28]. Qui l'automazione, che è un sottoprodotto della tecnica intesa come ambiente nel quale si danno cambiamenti, è vista come evenienza che determina una vera e propria inversione fra categorie, e precisamente come passaggio dalla quantità alla qualità. La suggestione è ovvia: l'automazione, che si dà come conseguenza del dominio progressivo della tecnica nello svolgimento delle relazioni degli/fra uomini ha effetto soggiogante perché tutto ciò che essa determina è la sua elevazione a scopo e non più a mero strumento.

Un terzo indizio dell'estrema rilevanza della tecnica e della relativa era si ritrova in Walter Benjamin entro un contesto che appare *prima facie* estraneo a ciò che qui viene messo in questione: la riproducibilità dell'opera d'arte^[29]. Qui la tecnica gioca un ruolo decisivo perché incide direttamente sulla contrapposizione

antipodale fra autentico e falso. E infatti, l'opera che di per sé è riproducibile in série non ha esemplari autentici e esemplari che tali non sono; piuttosto il concetto di autenticità va declinato differentemente. La riproducibilità pone l'opera d'arte al cospetto di una differente modalità di fruizione, consentendone il trasporto entro contesti di quotidiano consumo potenzialmente di massa^[30]. E la cosa in questione non finisce certo qui: l'opera cinematografica, ove la tecnica agisce in modo davvero pervasivo, abitua l'occhio del fruitore al suo prodotto, altera il palcoscenico e lo spazio entro cui è veicolata ed è suscettibile di miglioramento continuo, pressoché infinito^[31], differenziandosi dalla rappresentazione teatrale, che nella sua replica è sempre opera diversa dalla precedente^[32].

Bastano queste tre sottolineature per evidenziare che tecnica e tecnologia non coincidono affatto, anche se sono accomunate da una medesima derivazione d'etimo. I due concetti devono essere tenuti accuratamente distinti per evitare errori epistemologici e per creare pericolosi fraintendimenti e, dunque, perniciosi oscuramenti della realtà entro la quale si dispiega la parabola esistenziale degli umani (ma non solo)^[33].

Dopo aver trattato di tecnica e di tecnologia è ora possibile applicarne le acquisizioni all'*e-democracy* e al modo con cui essa viene intesa e agita. Di qui la centralità della tripletta “tecnica-tecnologia-e-democracy”, alla quale non è affatto estranea qualche breve digressione sul concetto di democrazia *tout-court*. Prima di tutto occorre però mettere in questione la nozione e il concetto di democrazia con ciò che ne segue: le nozioni di sovranità e di popolo, semplici in apparenza, ma complesse e per nulla scontate.

3. Democrazia: evoluzione dei modelli

Dopo aver parlato di tecnica e di tecnologia è ora di mettere in questione il termine “democrazia”, nella piena consapevolezza della complessità dell'investigazione e della ricostruzione della sua nozione e del relativo precipitato concettuale.

Le modalità attraverso le quali indagare il significato di “democrazia” e quindi ricostruirne il concetto e la nozione sono varie. All'approccio squisitamente giuridico, infatti, si accostano quelli storici, antropologici, sociologici,

politologici, glottologici *et coeteris paribus*. Parlare genericamente di democrazia non è possibile se non mettendo in questione concetti apparentemente irrelati, i quali – però – ne integrano il *definiens* in modo marcato e determinante. I termini in questione sono almeno tre: “sovranità”, “popolo”, “nazione”. Che ciò sia vero lo si ricava con tutta evidenza – ad esempio – dall’art. 1 Cost.^[34], particolarmente eloquente sul punto: «*l’Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione*»^[35].

Ed effettivamente la disposizione normativa in questione è un po’ la sintesi del discorso che qui si vuole impostare: la forma di stato repubblicana, che si assume democratica per definizione, rimanda al concetto di sovranità popolare, il cui esercizio è, a sua volta, costituzionalmente determinato sia nei suoi contenuti, sia nei suoi limiti. Curiosamente, i contenuti dell’esercizio della sovranità sono ricondotti alle forme previste, e dunque al modo del loro esercizio e alle relative procedure^[36].

Il che lascia intendere – e introduce insieme la relativa tematica – che il modello avuto presente dal legislatore costituzionale è – ma ciò non sarebbe potuto essere altrimenti – il modo dell’esercizio della sovranità, il quale presuppone in via generale la determinazione di un meccanismo conformativo della relazione fra rappresentato e rappresentante.

Ma dopo tutto, cosa significa “democrazia” e poi cosa è mai la democrazia^[37]? L’interrogazione, come lascia intendere la sua formulazione, non è semplice, ma duplice: in primo luogo, essa intercetta un problema squisitamente semantico; in secondo luogo, essa innerva una ben più spessa problematica di natura ontologico-funzionale. E a questo punto occorre essere ben chiari: seguendo un approccio esclusivamente glottologico non si intercetta la realtà sottostante, talché si finisce col perderne i contorni; per contro, guardando al solo lato empirico della realtà, si perde l’orientamento e si finisce con lo smarrire lo scopo della ricerca^[38].

Dal punto di vista glottologico, “democrazia” significa semplicemente governo del popolo, ossia *kratos* attuato dal *demos*. Detta così la questione è semplice: il popolo attua da sé il proprio autogoverno, ossia pone da sé e per sé le regole dell’agire del proprio essere collettività. Il precipitato di questo pensiero rimanda a una nozione intuitiva: quella di esercizio diretto e autoriflessivo della

determinazione delle regole che fondano e rendono possibile la convivenza e la coesistenza di gruppi di persone entro un perimetro dato.

Il problema è che una tale forma di autogoverno totalizzante non si è mai data compiutamente nella storia del genere umano per l'ovvia ragione che mai tutti i soggetti di una collettività organizzata sono stati effettivamente coinvolti in condizioni di piena parità e equivalenza nel compimento di fatti di normazione, ossia in fatti di produzione normativa^[39].

Ma vi è di più, ossia la tendenza a fare del nome "democrazia" il presupposto linguistico per la costruzione di un concetto con pretese meta-storiche, evenienza particolarmente evidente nel linguaggio dei *mass media*. Per convincersene è sufficiente riepilogare i termini di un breve *excursus* storico, il cui scopo è fare chiarezza sull'asserita introduzione delle democrazie a partire dall'esperienza di Atene e sulle sue sorti nel corso del tempo fino a oggi^[40].

A questo proposito, va osservato che il potenziamento degli organi elettivi in Atene si deve alla riforma del 508-507 di Clistene, poi consolidata da Pericle, e che sia Platone, sia Aristotele consideravano la democrazia una forma degradata del potere perché esercitata *per multos* dal *demos*, come parte povera del tutto per i propri scopi e non nell'interesse generale. Identico pensiero, nella sostanza, è stato sostenuto da Tommaso d'Aquino che fatto uso della medesima concettualizzazione osservando che «*si vero iniquum regimen exerceatur per multos, democratia nuncupatur, id est potentatus populi, quando scilicet populus plebeiorum per potentiam multitudinis opprimit divites*»^[41]. Per non dire che il riferimento alla democrazia è stato pressoché soppiantato a tutto vantaggio del riferimento alla "respublica", che per due millenni è stata considerata la forma politica ideale, radicalizzandone l'opposizione perché modalità di esercizio del potere nell'interesse di tutti e non dei molti.

Idea portata a compimento da Kant quando parlando della forma di dominio (*forma imperii*) evidenzia che «*ve ne sono tre soltanto possibili: quelle, cioè, in cui il potere è posseduto da una, da più fra loro uniti o da tutti quelli che compongono la società (Autocrazia, Aristocrazia o Democrazia – potere del principe, di nobili o di popolo)*»^[42]. E subito dopo soggiunge che «*fra le tre forme di Stati, la Democrazia è, nel senso proprio della parola, necessariamente un Despotismo in quanto che essa fonda un potere esecutivo in cui tutti deliberano intorno e, dato il caso, anche contro uno che non è d'accordo cogli altri; ciò significa volontà di tutti, che tuttavia non*

son tutti; una contraddizione, cioè, della volontà generale con se stessa e colla libertà»^[43].

Tralasciando in questa sede gli sviluppi ulteriori, il nome “democrazia” e il relativo concetto riemergono con forza solo con il consolidarsi progressivo delle democrazie liberali, ossia di quella forma di governo che si caratterizza per la combinazione del principio liberale dei diritti individuali e della loro tutela, anche nei confronti dello stato, con il principio della sovranità popolare^[44] e con l’avvio del processo di estensione del suffragio elettorale a prescindere dalla situazione censitaria^[45].

Questa breve annotazione introduttiva che si discosta dalla provvisorietà solo in parte, determina la necessità di guardare alle esperienze che si sono succedute nella storia.

In questo modo, partendo dal significato della parola “democrazia” è possibile orientare l’indagine nella direzione corretta, che è poi quella di accogliere il contenuto di quanto si è fin qui detto per fissare un primo punto di approdo: se pur a fronte del significato del nome “democrazia” non si rinvengono esperienze storiche nelle quali l’intero popolo partecipa direttamente sia all’attività di produzione normativa, sia all’attività di governo, e se dunque non si danno forme di autogoverno totalizzanti, allora il dato effettuale deve essere ricercato altrove^[46].

E questo altrove è bene espresso nella dottrina della democrazia classica, che si è affermata solo alla fine del XVIII secolo. In quel contesto l’esigenza avvertita era quella di costruire formule mediante le quali far coincidere il più possibile i governanti con i governati, nell’ormai acquisita consapevolezza che i secondi mai avrebbero potuto coincidere con i primi^{[47] [48]}.

Detto in altri termini, la contrapposizione fra democrazia diretta e democrazia partecipativa non può che essere risolta a favore della seconda, anche perché la definizione di “popolo” che ne definisce uno degli aspetti essenziali è sempre stata storicamente assai fluida^[49].

Così, in particolare, è sicuramente falso che quella greca – che è poi esperienza circoscritta alla sola Atene – fosse una democrazia diretta compiuta entro una città-stato. E ciò è falso per almeno due motivi. Il primo: Atene non era affatto una città-stato ove “stato” non ha un significato comparabile con le moderne esperienze della statualità^[50]. Atene, per contro era una città-comunità, il cui destino era legato a doppio filo a quello dei suoi abitanti e viceversa^[51].

Il secondo: il popolo ammesso all'amministrazione della città-comunità era una piccola parte della compagine sociale, formata dai soli cittadini adulti, maschi liberi e come tali affrancati dal lavoro. Stesso discorso per la Roma repubblicana, per le esperienze comunali caratteristiche dell'evo di mezzo, che peraltro ebbero vita effimera^[52] e per le monarchie prima feudali e poi nazionali, queste ultime caratterizzate da un territorio unificato e da un monarca assoluto.

4. Sovranità: il concetto e il suo divenire

Lo scollamento fra governati e governanti determina e ha determinato da subito la necessità di rifarsi a un collante istituzionale, progressivamente rielaborato e messo in questione: la sovranità in sé considerata e, in un secondo momento, la sovranità popolare^[53], tematiche che devono essere esposte, sia pure succintamente, perché strettamente imparentate con l'evoluzione delle forme di stato e di governo che si sono succedute fino ai giorni nostri.

Il tutto tenendo presente che parlare di sovranità significa mettere in questione due concettualizzazioni distinte, sebbene non irrelate: la prima tematizza la sovranità intesa come potere pubblico supremo, ossia quello che ha la capacità e il diritto di far prevalere in ultima istanza l'autorità del sovrano; la seconda ha a proprio oggetto l'individuazione del detentore ultimo della legittimità del potere, rinviando allora al fondamento di quest'autorità^[54] e dunque al tema della legittimazione. Quando si parla di sovranità nazionale, definendola, in particolare, come il mezzo dell'indipendenza, ossia della libertà d'azione di una data collettività, ci si situa nella prima accezione; quando si parla di sovranità popolare, nella seconda. In questo modo, potere e legittimità si trovano associate alla nozione di sovranità *tout court*.

L'aggettivazione "rielaborato" è di per sé eloquente. La nozione di sovranità era presente in letteratura ben prima che fosse esplicitamente fatto ricorso alla sua denominazione, solo che essa non ammetteva aggettivazioni perché ultronee^[55]: di sovranità non si parlava apertamente, ma i concetti sviluppati ne sottendevano la nozione e la caratterizzazione.

Era quello il tempo della messa in discussione della "plenitudo potestatis" dell'imperatore a tutto vantaggio dei monarchi dei regni in corso di formazione, che avrebbero dato vita agli stati nazionali in epoche storiche successive^[56].

Il ragionamento sviluppato era il seguente: l'imperatore è dotato di "plenitudo potestatis" perché *superior* e come tale "superiorem non recognoscens"^[57].

Quando il re non riconosce la superiorità dell'imperatore, la "plenitudo potestatis" gli si trasferisce *de iure*, e così via per i feudatari e le libere città, che rivendicano la loro indipendenza dai poteri sovrani^[58].

Ecco perché, estendendo il concetto non solo ai regni in corso di formazione, ma anche alle libere città in via di affermazione, acquistava senso la "formola" risalente a Bartolo da Sassoferrato, da cui derivò il carattere originario dei relativi sistemi giuridici: «*civitas superiorem non recognoscens tantum iuris habet in territorio suo quantum imperator in suo imperio*»^{[59] [60]}.

In termini di legittimità e di legittimazione, e dunque di fondamento dell'autorità, la nozione e il concetto di sovranità si sviluppano a partire da concezioni cosiddette "teocratiche della sovranità", per le quali ogni forma di potere statale è tale se e solo se di derivazione diretta o indiretta dalla volontà divina^[61].

In una prima e più risalente fase, il fondamento teocratico della sovranità vuole che il sovrano sia considerato soggetto di natura divina^[62]. In una seconda fase, l'intervento divino si risolve più semplicemente nella scelta della persona all'interno di una stirpe data, la quale per ciò stesso avrebbe dovuto ineluttabilmente ascendere al trono^[63]. In entrambi i casi, l'"auctoritas" è localizzata *a priori* e come tale non può essere revocata in dubbio, né misconosciuta.

In un secondo tempo, la sovranità viene tematizzata lasciando la sua ascendenza divina sullo sfondo. Ne è un chiaro esempio il pensiero di Jean Bodin^[64], cui si fa usualmente risalire la prima teorizzazione sistematica della sovranità e dell'assolutismo sovrano, per il quale la sovranità altro non è che un potere assoluto, perpetuo, indivisibile, intrasferibile e imprescrittibile, talché il sovrano non è sottomesso alle leggi, ma al contrario le promulga e le abroga a suo piacimento^[65].

Da ciò segue che la caratteristica fondamentale della sovranità è il conferimento al principe, che non ha altra regola che la propria volontà, del potere di non essere legato o dipendente da nessuno, non essendo il suo potere né delegato, né temporaneo, né responsabile di fronte a chiunque^[66]. Perché se dipendesse da un altro, all'interno o all'esterno, non avrebbe più il potere di fare le leggi e di

governare e dunque non sarebbe più sovrano. In questo senso, il monarca è *legibus solutus*^[67].

Certo, il monarca deve rispettare le leggi di dio, di natura e, in particolare, la proprietà privata e le libertà individuali, in assenza di che si è in presenza non di una monarchia regia, ma di una monarchia dispotica o tirannica. Ma tutto ciò non è certo il fondamento primo della legittimazione del potere del re. Accanto alla nozione e al concetto di sovranità si sviluppano di pari passo la nozione e il concetto di stato e di statualità del potere, con l'avvertenza che entrambe le nozioni non sono affatto il precipitato di concetti universali, validi per qualsiasi epoca e per qualsiasi popolo, «*ma un fenomeno storico concreto legato a un'epoca determinata*»^[68].

Tralasciando in questa sede ulteriori sviluppi, ma rimarcando che il più significativo dei quali tematizza per la prima volta la presenza di un contratto sociale fra sudditi e monarca^[69], che resta sempre monarca assoluto, va solo accennato che la riforma protestante, il venir meno del monopolio religioso della chiesa cattolica e il precipitato culturale dell'umanesimo portano gradatamente all'emersione di valori laici prima rimasti sullo sfondo e al convincimento che gli uomini dovessero essere considerati tutti eguali fra loro, con la conseguenza che il fondamento del potere statale dovesse essere ritrovato negli stessi individui che compongono la compagine sociale, ossia nel popolo che si costituisce in stato.

Il punto di approdo di questa dottrina porta a ritenere che la sovranità, nella sua versione più radicale enunciata da Jean Jaques Rousseau, appartiene al popolo riunito in nazione, nella quale ogni cittadino è detentore di una frazione proporzionale di sovranità, avendo il diritto di concorrere all'esercizio del potere pubblico^[70]. Ciò avrebbe dovuto condurre da subito ad attribuire peso e rilevanza a ogni individuo, cosa che però non avvenne perché apertamente osteggiata dalla borghesia rivoluzionaria, la quale rivendicava il monopolio del suffragio elettivo^[71], avversando qualsiasi forma di suffragio universale e di democrazia diretta.

A partire da questo momento, la teoria della sovranità nella sua aliquota che tratta della legittimazione è intimamente legata e connessa all'allargarsi del suffragio elettivo, che viene progressivamente esteso fino a diventare suffragio universale e diretto, come tale assegnato a tutti i cittadini, a prescindere dalle loro condizioni, purché non ne siano privati per cause direttamente ed esplicitamente previste dalla legge^[72]. Che le moderne costituzioni enuncino il principio che la

sovranità appartiene al popolo non significa però che il soggetto depositario della sovranità non sia lo stato.

A ben vedere, sovrano è proprio lo stato, con la conseguenza che «*le locuzioni ‘sovranità popolare’ o ‘sovranità che spetta al popolo è intesa [...] in uno di questi sensi: 1) si tratta di una locuzione politica più che giuridica: giuridicamente significa che lo Stato è democratico; 2) sta a significare che la normativa dello Stato deve riconoscere un meccanismo elettorale per i reggitori dello Stato stesso; 3) significa che al popolo deve riconoscersi il massimo possibile dei poteri negli istituti previsti dalla Costituzione; 4) è un’espressione a sé, del tutto distinta da quella di sovranità in senso proprio, attinente ad istituti diversi dalla sovranità in senso tradizionale*»^[73].

Come si può agevolmente notare, mettere in questione il significato e la realtà sottesa al nome “sovranità” significa, guardando al loro sviluppo storico, che la sovranità non ha alcuna relazione di corrispondenza necessaria né con la forma di stato, né con quella di governo, come del resto era già stato chiarito da Jean Bodin, per il quale la sovranità può risiedere nella moltitudine, in una minoranza o in un uomo solo, e allora si sarà in presenza di democrazia, di aristocrazia o di monarchia.

5. Popolo: la polisemia del termine

Per trarre le fila dal discorso in parola deve essere messo in questione quale sia il significato di “popolo” e cosa in una prospettiva non solo empirica il popolo sia. Il perché è ovvio: quando si parla di democrazia il riferimento d’obbligo va proprio al nome “popolo”, con la conseguenza che i due nomi sono indisciungibili e che i loro significati si rimandano l’un l’altro in modo particolarmente stretto. Il che vale a maggior ragione quando alla democrazia rappresentativa si vuole accostare quella riedizione di democrazia diretta che qui interessa, ossia la *e-democracy*.

Adeguando l’analisi all’economia del presente lavoro, si può evidenziare che “*demos*” è termine polisemico, di volta in volta riferito a “*plethos*”, ossia all’intero corpo dei cittadini liberi, agli “*hoi polloi*”, ossia ai molti, agli “*hoi pleiones*”, ovvero i più, piuttosto che a “*ochlos*”, e dunque alla folla indistinta. Fatta la debita eccezione per le nozioni di popolo inteso come “tutti” – che poi non sono

mai proprio i tutti – piuttosto che come “i più”, “i membri delle classi inferiori” (il cosiddetto “popolace”), ovvero “la totalità”, con ciò volendo fare riferimento a un insieme organico e indivisibile di soggetti, le nozioni operative di “popolo” sono due: popolo come principio maggioritario assoluto e popolo come principio maggioritario temperato^[74].

A questo proposito, è particolarmente eloquente quel pensiero per il quale in queste due accezioni «*il popolo viene trasformato in una unità operativa qualificata dalle sue regole decisionali. Il popolo sub specie di principio maggioritario assoluto (illimitato) decide secondo il criterio che i più contano per tutti, i meno per nessuno. Invece il popolo sub specie di principio maggioritario temperato (limitato) decide secondo il criterio che i più prevalgono sui meno nel rispetto dei meno*»^[75].

Il tutto con l'avvertenza che nell'accezione di “popolo” qui in questione rileva non tanto il dato letterale, quanto piuttosto quello decisionale, dato che eleggere su base popolare dei rappresentanti da parte dei rappresentati secondo regole che determinano il rapporto rappresentativo è cosa ben diversa dal decidere da parte dei primi.

Proprio per evitare che la “maggioranza che prende tutto” riduca all'impotenza una “minoranza che perde tutto”, il principio maggioritario *sub specie* assoluto deve essere accantonato, per garantire la minoranza^[76].

La democrazia altro non è che un sistema entro cui l'attuale compagine di maggioranza degli eletti può divenire minoranza secondo il principio dell'alternanza; il che impone che l'alternanza sia non solo possibile, ma anche che il relativo meccanismo sia fornito di protezione giuridica. La democrazia non è più un valore assoluto, ma misurabile entro una logica che valorizza non gli opposti perché contraddittorî, ma gli opposti perché solamente contrari^[77], con la conseguenza che acquista senso parlare e mettere in questione il tasso di democraticità di una democrazia data^[78].

Quanto alla nozione e al concetto di popolo, da non confondere con quello di popolazione^[79], a connotazione più tagliata dal punto di vista giuridico, si può osservare che «*soltanto la comune, stabile e generale sottoposizione ad un potere effettivo ed indipendente costituisce una qualsiasi collettività in popolo propriamente detto: non bastando, di per sé il manifestarsi di interessi comuni, più o meno intensi, né la presenza di fattori unificanti di natura etnica o razziale o*

culturale o territoriale, poiché tutte queste circostanze, o talune di esse, possono ricorrere, e non di rado ricorrono nella storia, senza che ci sia l'unità statale»^[80].

La conseguenza è che «sono membri del popolo coloro soltanto che siano sottoposti in modo 'permanente', 'necessario' e 'generale' ad un potere tendenzialmente illimitato ed esclusivo. Ciò significa, in parole più semplici, ed esprimendo il medesimo concetto in forma negativa, che non fanno parte del popolo coloro che siano sottoposti al potere limitatamente a singoli e determinati rapporti o per fini e motivi contingenti e particolari, né coloro la cui sottoposizione al potere dipende esclusivamente dalla loro libera scelta»^[81].

Terminata la rapida carrellata sull'evoluzione della nozione e dei concetti di democrazia, sovranità, e popolo, e riprendendo le fila del discorso sulla democrazia – che è governo del popolo in senso ben più che traslato – deve essere osservato che la democrazia è anche altro.

Essa, proprio perché governo attuato da una maggioranza, ha quale logica conseguenza che quest'ultima attua il proprio governo decidendo e imponendo le proprie scelte non solo ai rappresentanti che l'hanno sorretta e la sorreggono, ma anche ai propri naturali antagonisti. Questa circostanza si esprime dicendo che la maggioranza impone la propria decisione anche alla minoranza, di fatto limitandone la libertà. Il che impone a sua volta che le minoranze siano adeguatamente tutelate nei confronti delle maggioranze.

Come si può agevolmente osservare, mettere oggi in questione la democrazia è tutt'altro che agevole, il che impone l'utilizzazione di un linguaggio sorvegliato e accudito. Sorvegliato e accudito perché in questione, in definitiva, è la libertà degli individui, ossia, dopo la salute, il bene più prezioso che un umano può rivendicare e che ha diritto di pretendere.

6. Tecnica, tecnologia ed e-democracy

E ora, la questione cruciale: che significa che la politica deve appropriarsi della tecnologia per attuare un'efficiente *e-democracy*? Ma dopo tutto, cos'è mai questa *e-democracy*? Come si applica l'"e-" alla democrazia, osservato che tale prefisso nominale è applicabile un po' a tutto, salvo declinarlo o almeno menzionarlo?

In via di prima approssimazione, si può dire che la nozione e il relativo precipitato concettuale rimandano al rafforzamento dei sistemi cosiddetti "democratici"

attraverso il ricorso alle tecnologie informatiche. Ma anche qui, meglio sarebbe dire «*entro un ambiente tecnico nel quale si danno tecnologie*»: tecnologie informatiche, per l'appunto. Con “*e-democracy*” una fonte particolarmente autorevole intende «*la partecipazione dei cittadini alle attività delle pubbliche amministrazioni locali ed ai loro processi decisionali attraverso l'utilizzo delle nuove tecnologie della comunicazione. L'impiego innovativo delle ICT consente l'apertura di nuovi spazi di dialogo tra cittadini e amministrazione che integrano e rafforzano le forme tradizionali di partecipazione*».

Il tutto preordinando tale auspicio a non meno di tre scopi: «*migliorare la qualità delle politiche pubbliche*», «*aumentare la fiducia nell'amministrazione*» e «*contribuire al rafforzamento della democrazia*»^[82], cui si aggiunge il favorire la partecipazione dei cittadini alle decisioni che li riguardano.

In via di seconda approssimazione, la definizione di “*e-democracy*” rimanda alle più recenti acquisizioni del Parlamento europeo, il quale insiste sul concetto di inclusività, volendo significare che ai fini dell'accesso alla rete deve essere neutralizzata la differenziazione fra utenti in funzione della loro capacità tecnologica. A questo punto, dovendo – o volendo – garantire effettività al principio di eguaglianza sostanziale, divengono elementi caratterizzanti dell'*e-democracy* i seguenti momenti: l'“*e-consultation*”, l'“*e-petition*”, l'“*e-deliberation*”, l'“*e-budgeting*” e, *dulcis in fundo*, l'“*e-voting*”, tutte variamente definite dalla letteratura specialistica in materia.

In questo modo è definitivamente superata la suggestione che la *e-democracy* si risolva nel mero ricorso a tecnologie informatiche, ipotesi e tesi insieme che appare *ictu oculi* subito per quel che è: ingenua e mistificante^[83].

Le conseguenze positive di tale impostazione balzano all'occhio: maggior quantità di dati prodotti, maggiore circolazione di dati, maggiore conoscibilità e diffusione dei dati prodotti, maggior percezione di trasparenza, maggiore eguaglianza della persona al cospetto di chi produce i dati. Nonostante la dichiarata nobiltà degli scopi, il ricorso alle tecnologie informatiche applicate alla democrazia determina conseguenze non propriamente positive, che meriterebbero un'indagine più approfondita: la mole dei dati in circolazione ottunde e non ne facilita il reperimento, non tutte le persone sono in grado di padroneggiare gli strumenti informatici in uso, l'utente dei dati deve essere prima di tutto un “utente capace”, la mole dei dati in circolazione determina il

livellamento dei loro contenuti, la vulnerabilità della struttura non garantisce la sicurezza dei dati, la loro rapida circolazione consente nuove forme di manipolazione delle persone, la raccolta dei dati avviene in modo sovente incontrollato^[84] e così via. Evenienze, queste, cui si aggiunge la pratica impossibilità che il cittadino possa davvero partecipare alla formazione delle scelte che lo riguardano: impossibilità che è insieme falsità e utopia^[85]. Al che si aggiunge il rischio che questa modalità di intendere la democrazia si trasformi in una vera e propria teatrocrazia^[86] o teatralizzazione della democrazia, nella quale il *caos*, il pressapochismo e la demagogia determinano disordine politico^[87].

D'altronde, l'*e-democracy* ha come obiettivo l'incremento illimitato della partecipazione della persona al processo decisionale che la riguarda. Ma l'*e-democracy* è prima di tutto un modo di intendere il funzionamento della democrazia, nella quale le decisioni sono assunte non dai rappresentati, che sono poi i soggetti incisi direttamente dalle decisioni, ma dai rappresentanti, i quali, per giunta, non hanno vincolo di mandato imperativo nei confronti dei primi.

Ecco dunque che – e questa è l'obiezione davvero decisiva – per volere più partecipazione della persona ai processi decisionali che la riguardano, l'*e-democracy*, proprio e perché essa è prima di tutto democrazia, deve anche volere che il luogo della decisione sia quello istituzionalmente e ordinamentalmente deputato ad assumerle. Ed è qui che tecnica e *e-democracy* entrano fatalmente in conflitto, proprio perché l'*e-democracy* è possibile solo entro un ambiente nel quale la tecnica esercita il proprio dominio. La volontà della tecnica di accrescere indefinitamente la propria potenza è incompatibile con la volontà della *e-democracy* di lasciare che sussista quel bisogno che consiste nella conservazione del luogo istituzionale nel quale sono assunte le decisioni che riguardano le persone. Il che è palesemente una contraddizione in termini^{[88] [89]}.

Tutto ciò, beninteso, sempre che non si pretenda di creare forme inedite di democrazia, il che, però, impone che le si definisca, connoti e denoti con precisione prima di intraprendere percorsi a senso unico dalle conseguenze inesplorate e non adeguatamente messe in conto.

Il tutto, senza che sia davvero messo in questione se ciò che è autenticamente propedeutico all'accesso alla rete informatica sulla quale circolano i dati sia o meno un vero e proprio diritto soggettivo, e come tale azionabile in via diretta innanzi al giudice e quindi ne sia o possa essere sanzionata la negazione in un

modo purchessia: il diritto alla connessione alla rete informatica^[90].

Sul diritto alla connessione devono essere fatte alcune considerazioni.

In primo luogo, il diritto alla connessione dovrebbe essere visto e considerato sia come un diritto in sé, sia come un diritto che condiziona l'effettività del godimento e dell'esercizio di altri diritti^[91], quasi sempre di rilevanza costituzionale^[92], al punto da ritenere auspicabile un riconoscimento esplicito nell'art. 21 Cost.^[93] per renderlo davvero effettivo.

Sul tema ha agito la Commissione dell'Unione Europea, che ha prodotto la "Dichiarazione dei diritti in Internet" del 28/07/2015.

Di questo documento è utile richiamare l'art. 2, per il quale: *«l'accesso ad Internet è diritto fondamentale della persona e condizione per il suo pieno sviluppo individuale e sociale. Ogni persona ha eguale diritto di accedere a Internet in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e aggiornate che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale. Il diritto fondamentale di accesso a Internet deve essere assicurato nei suoi presupposti sostanziali e non solo come possibilità di collegamento alla Rete. L'accesso comprende la libertà di scelta per quanto riguarda dispositivi, sistemi operativi e applicazioni anche distribuite. Le Istituzioni pubbliche garantiscono i necessari interventi per il superamento di ogni forma di divario digitale tra cui quelli determinati dal genere, dalle condizioni economiche oltre che da situazioni di vulnerabilità personale e disabilità»*.

Nella medesima direzione si è sospinta la risoluzione approvata dall'Assemblea ONU del 27/06/2016, per la quale *«[...] Considering the key importance of government engagement with all relevant stakeholders, including civil society, private sector, the technical community and academia, in promoting and protecting human rights and fundamental freedoms online, 1. Affirms that the same rights that people have offline must also be protected online, in particular freedom of expression, which is applicable regardless of frontiers and through any media of one's choice, in accordance with articles 19 of the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights; [...]»*.

Peccato che entrambe le enunciazioni abbiano tutta l'aria di essere norme meramente programmatiche e non già precettive. La conseguenza di ciò è immediata: nessuna possibilità di reazione giurisdizionale, ma solo indirizzi ai

legislatori affinché si attivino per dare attuazione al diritto sancito *ad pompam*^[94]. In secondo luogo, il diritto alla connessione deve essere effettivo e riscontrabile. Questo tema ne introduce un altro e riguarda il livello di alfabetizzazione informatica delle persone che necessitano di interfacciarsi con la rete, ovvero – e questo è propriamente il caso che viene in questione quando si parla di *e-democracy* – che vengono coinvolti in processi decisionali pubblici^[95].

A ben vedere, il tema del livello di alfabetizzazione informatica si aggiunge alla questione della disponibilità della rete e riceve attualità e sottolineatura dalle conseguenze determinate nella vita di relazione dalla pandemia da covid-19^[96].

Qui hanno assunto specifico rilievo sia lo svolgimento del lavoro a distanza, meglio noto col solito e fastidioso anglicismo “smart working”^[97], sia la didattica a distanza, nota con l’acronimo “d.a.d.”, sia l’amplificazione dei contatti da remoto con gli uffici della pubblica amministrazione, non potendo più accedervi di persona^[98]. E l’informazione in tempi di covid-19 ha toccato punte di parossismo nelle quali su dati tecnici e non solo è stato detto tutto e il contrario di tutto^[99].

A questo proposito, è evidente che la possibilità di utilizzare la rete informatica è una diretta conseguenza del possesso delle relative conoscenze, capacità e competenze degli individui, le quali, stando alle rilevazioni statistiche sono preoccupanti per carenza, differente distribuzione sul territorio e sovente inattuabili proprio per mancanza di rete e collegamenti informatici^[100].

Il terzo luogo, una rete deve esservi, e lo deve essere in modo uniforme sul territorio e secondo i medesimi canoni di efficienza. In aggiunta a ciò, l’accesso alla rete deve poter avvenire in modo eguale per tutti e soprattutto senza discriminazioni economiche o di reddito. Qui sono in questione la gratuità dell’accesso, l’efficienza della rete, la stabilità delle connessioni e quant’altro integri forme di *par condicio* fra le persone^[101].

E ora la domanda cruciale, da cui prende spunto l’intitolazione di questo breve lavoro: ha davvero senso chiedersi e interrogarsi se il diritto debba o possa appropriarsi non della tecnologia (questione scontata, ma errata sotto il profilo epistemologico), ovvero, più propriamente, se il diritto, o meglio se la politica attraverso il diritto che conia ed esprime (ricordiamo che l’esercizio delle attività politiche nei luoghi istituzionalmente a ciò deputati ha autentica capacità e attitudine nomopoietica), possa mai realmente appropriarsi della tecnica per conformarla?

Per svelare l'arcano è bene disambiguare da subito un'evenienza che riveste i caratteri dell'urgenza. Parlare di politica *tout court* non ha il benché minimo senso, perché farlo pone al mero cospetto di una generica categoria del pensiero^[102]. Meglio sarebbe discutere non di politica al singolare, ma di politiche, ossia di assetti valoriali di cui sono portatori gruppi ben determinati di individui più o meno organizzati^[103], che, in quanto tali, esprimono valori condivisi e quindi scopi comuni da realizzare^[104]. Il tutto con l'avvertenza che ogni assetto valoriale in gioco persegue scopi propri, che sono differenti, e dunque che si escludono a vicenda perché squisitamente egoistici.

E con questo si torna fatalmente al punto di partenza. Già perché le politiche altro non sono che insiemi di fini da conseguire, le quali hanno bisogno, per poterne massimizzare la capacità di realizzazione e di conseguimento (qualcuno potrebbe dire a buon titolo “di *performance*”), non della tecnologia, ma della tecnica, di cui debbono appropriarsi proprio per autopotenziarsi. Il tutto con l'avvertenza che la tecnica non esprime valori, ma solo funzionalità^[105].

Ecco allora che chiedere alla politica – *rectius*: “alle politiche” – di appropriarsi della tecnica per piegarla ai propri scopi è un po' come pretendere di flettere l'inflessibile. Il che suona oltre che errato, anche patetico. A parte la circostanza secondo cui sarebbe bene mettere in questione una buona volta per tutte se le politiche sono (siano) o meno espressione di valori in sé ovvero di utilità di apparati che le trascendono^[106], andare in quella direzione è un po' come chiedere “*a-chi-può, di-voler-* (meglio: *dover-*) *non-potere*”. Il che è, diciamo così con franchezza, stucchevole per non dire altro o ben altro.

Le politiche non possono che subire la tecnica e tutte le sue implicazioni, per l'ovvia ragione che esse si danno entro un ambiente dato: l'ambiente della tecnica, per l'appunto, della quale le tecnologie sono nulla di più che strumenti. È questa la straordinaria eterogenesi dei fini che caratterizza l'era della tecnica. Ciò che era strumento diviene scopo e ciò che era scopo è degradato e dequotato a strumento: se tutti i portatori di scopi egoistici hanno bisogno della tecnica per massimizzare la propria potenza, allora la tecnica diviene fatalmente scopo di scopi, che rispetto a essa degradano a meri strumenti. Un po' come il danaro nella dinamica danaro-merce-danaro: da strumento di scambio il danaro diviene fine da conseguire e scopo del capitalista. Il quale altro non vuole che il danaro ne produca altro e di più attraverso l'intermediazione della produzione e la

circolazione delle merci ^[107].

7. Ancóra e infine sulla e-democracy

A queste annotazioni, già di per sé dirimenti e paradigmatiche, se ne aggiungono altre.

Da mettere in questione – e occorre farlo con elementi di segnalata urgenza e preoccupazione – sono, in primo luogo, le modalità del coinvolgimento globale delle persone nei processi di formazione delle decisioni pubbliche. Ciò che occorre tematizzare sono i modi attraverso i quali viene assicurata l'informazione del contorno – ambiente, contesto – entro cui è calata la richiesta di apporto partecipativo e i termini entro i quali si svolge l'acquisizione dei giudizi e/o delle manifestazioni di volontà dei soggetti coinvolti. È noto, infatti, che la comunicazione diffusa, il cui protagonista indiscusso è oggi la rete dei *mass media*, richiede quasi sempre forme di semplificazione dei contenuti, attesa la generalità dei destinatari e quindi la caratterizzazione del loro *target* medio. La quale, quando è eccessiva, li annulla e trasforma la comunicazione in un insieme di parole prive di referente (*Bedeutung, Denotation*) piuttosto che in vere e proprie parole-valore ^[108]. Al che si aggiunge che raramente la comunicazione diffusa diffonde nozioni, preferendo diffondere semplici informazioni allo scopo di formare e cristallizzare consenso attraverso la formazione di opinioni ^[109].

Ma vi è di più. Le forme di democrazia diretta, sia pure nella loro riedizione di *e-democracy*, sono destinate fatalmente al fallimento proprio nell'era della tecnica, nella quale al soggetto cui si chiede di partecipare attivamente ai processi di formazione delle decisioni pubbliche mancano le necessarie cognizioni tecniche per poter decidere in modo pienamente informato e dunque consapevole, ossia le conoscenze e le competenze ^[110]. Ecco allora che le valutazioni e le espressioni di giudizio rese avvengono non su base conoscitiva, ma meramente retorica proprio perché non tecnicamente informate. E, com'è facilmente intuibile, tutto ciò si presta a forme di manipolazione di straordinaria potenza, con effetti falsanti davvero stravolgenti ^[111].

A ciò si somma il rischio, tutt'altro che inattuale, che i processi di partecipazione alle decisioni siano eteropilotati attraverso l'utilizzazione di forme artate nella formulazione dei quesiti ovvero il ricorso a tecniche manipolatorie

ben note alla letteratura e alla prassi specialistica^[112] .

A questo proposito, non può essere certo sottaciuto che le democrazie oggi conosciute sono democrazie di opinione^[113] , meglio sarebbe dire “opinione pubblica”^[114] , nelle quali l’opinare delle persone e dei gruppi è sottoposto a flussi di informazione continua che provengono dai mezzi di comunicazione di massa, attuando forme di eteroformazione ed eterodirezione sempre più spinte^[115] , rese possibili soprattutto dall’avvento dell’era della televisione. Quale sia la potenza del mezzo è ampiamente risaputo, così come pure lo è l’effetto che essa genera, al punto che *«non importa che le immagini possano ingannare ancor più delle parole [...] Il punto resta che l’occhio crede in quel che vede; e quindi che l’autorità cognitiva più creduta diventa la cosa vista. Ciò che si vede appare “reale”, il che implica che appare vero»*^[116] .

A fare la differenza è quindi la somministrazione organizzata di informazioni e non il trasferimento di nozioni^[117] , con la conseguenza che le opinioni non sono necessario veicolo di conoscenza, ma di valutazione, che sono effimere perché esposte alle tecniche della comunicazione e alla mutevolezza dei suoi contenuti^[118] .

Un modello utile per comprendere che le democrazie di oggi – ossia le democrazie rappresentative di stampo occidentale – sono democrazie di opinione fa riferimento a cinque momenti logicamente, ma anche fattualmente, distinti, ciascuno dei quali caratterizzato da propri elementi caratteristici. Ciò può essere mostrato osservando che la formazione delle opinioni avviene secondo un modello a cascata, nel quale i processi di opinione sono assimilati a vasche a caduta progressiva. Il bacino di carico è dato dalle idee delle *élite* economiche, finanziarie e sociali^[120] . A questa prima stratificazione ne seguono altre quattro: le forze politiche e di governo, i *mass media*, i *leader* di opinione e infine il popolo^[121] , la seconda e la terza delle quali interessate da forme di instabilità interne^[122] .

A ciò si aggiunge altro. Le forme di democrazia elettronica creano una modalità inedita di duplicazione dei mondi. Il mondo al quale si accede con un *click* è a tutti gli effetti un mondo virtuale, che spesso – per non dire mai – non coincide con il mondo reale. Affacciarsi sul mondo virtuale significa aderire senza saperlo a una rappresentazione del mondo *tout court*, che finisce per obliterare il mondo reale, non solo affiancandolo, ma potendo pergiungere ad annullarlo. La nozione e il

concetto di mondo virtuale non negano, ma anzi presuppongono le modalità della sua rappresentazione, il che desta almeno due perplessità.

In primo luogo, le immagini del mondo virtuale e la sua rappresentazione sono scelte da chi le costruisce, evenienza tutt'altro che aproblematica, con la conseguenza che la consistenza e i contenuti del mondo virtuale sono il prodotto di scelte individuali, il più delle volte consapevolmente organizzate e orientate a scopi ben precisi e spesso, per non dire sempre, sottaciuti.

In secondo luogo, il “contenuto di verità” del mondo virtuale così creato non si presta a essere messo in discussione. Esso, infatti, poggia interamente sulla tecnica, il cui funzionamento ne costituisce a tutti gli effetti la cifra e lo specifico valore di verità. La tecnica diventa in tal modo il fondamento di un vero e proprio *argumentum ex autoritate*, che non si presta più a essere messo in discussione e revocato in dubbio.

E ancora. Il coinvolgimento dei tutti – ossia della pletera – vuole avvicinare il modello della *e-democracy* alla democrazia diretta, facendo di essa una riedizione tecnologicamente avanzata. A tanto si può obiettare che le forme di democrazia diretta – come mostrato in precedenza – hanno funzionato per circa un secolo e mezzo e che la loro funzionalità era possibile per due ragioni: l'esiguità dei soggetti che vi partecipavano e il loro costante interfacciamento, necessario per formare la pluralità delle opinioni e determinare quale fra esse dovesse prevalere^[123]. Nulla di tutto ciò è possibile nelle forme di *e-democracy* conosciute, perché manca almeno uno dei due prerequisiti segnalati: la riconoscibilità e il costante interfacciamento dei soggetti, che oggi non sono più i pochi che decidono per tutti, ma i tutti che potenzialmente decidono per tutti.

Ovviamente anche questo precipitato è a sua volta criticabile, ma – a ben vedere – l'unica critica possibile non regge alla prova dei fatti. E infatti, all'obiezione per cui la rete è il luogo nel quale avviene l'interfacciamento potenziale dei tutti per la formazione dell'opinione prevalente è facile obiettare che tale interfacciamento è fra assenti, condizionati dal contesto entro il quale avviene lo scambio di informazioni, in completa assenza di componente para ed extra verbale, entro un palinsesto predeterminato e per giunta con forti condizionamenti emotivi che portano a fornire risposte al rialzo o puramente e semplicemente adesive alle prospettazioni di chi formula l'oggetto della consultazione (“e-consultation”) o dell'oggetto su cui decidere (“e-decision”).

In definitiva, la *e-democracy* si presta fatalmente alla manipolazione del consenso, creandolo artificiosamente e senza evocare forme di controllo, di coazione e, a maggior ragione, di ricorso alla violenza^[124], il che rende lo strumento particolarmente insidioso e subdolo. Il risultato di tutto ciò è la benedizione della piazza virtuale, alla quale si affaccia dal mondo reale il “leader”, che diviene tale se e in quanto si trasforma il “leader performer” che parla per “slogan”. La partecipazione alle decisioni entro il mondo virtuale è pura utopia, perché l’accesso a tale forma inedita di mondo non avviene mai per semplice impatto, ma seguendo protocolli, percorsi e modalità eteroimposte^[125].

8. Conclusione

Che dire a questo punto? A ben vedere almeno due cose.

In primo luogo, che per parlare di *e-democracy* occorre mettere in questione nozioni e concetti di ampio spessore, e che nel farlo deve essere utilizzato un linguaggio particolarmente accudito e sorvegliato. Le investigazioni sul tema devono essere condotte in duplice direzione: la prima di tipo glottologico; la seconda esperienziale, poiché entrambe sono l’antidoto più efficace contro chi si accosta a questi argomenti in modo non pienamente consapevole^[126].

Più in dettaglio, la democrazia elettronica, soprattutto nella sua versione di *e-consultation* e, a maggior ragione, di *e-deliberation* si porta appresso il rischio tutt’altro che marginale di vere e proprie forme di plagio dell’opinione pubblica, irretita con domande talvolta capziose, formulate in modo da indurre la risposta auspicata, la cui comprensione presuppone cognizioni sovente fortemente specialistiche che mai sono presenti nella medesima forma diffusa che si pretenderebbe di conseguire con il coinvolgimento della popolazione. A questo proposito, vale la pena di ricordare quanto sia potente l’influenza della propaganda applicata alla politica, quanto scarsi siano gli antidoti a disposizione di chi la subisce^[127] e quanto siano pericolosi gli *opinion leader* che oggi occupano con costanza preoccupante trasmissioni televisive che definire urlate è davvero poca cosa^[128].

In secondo luogo, che le politiche possono appropriarsi solo degli strumenti di volta in volta sviluppati entro gli apparati tecnologici in cui essi si danno in un dato momento storico. Giammai però le politiche possono appropriarsi della

tecnica, vero e proprio dominio e ambiente entro cui le politiche agiscono. Pensare di poterlo fare è pura utopia. Ipotizzare un luogo nel quale ciò possa accadere è distopia^[129]. Certo, le politiche possono darsi dei limiti nell'uso degli strumenti tecnologici, ma questa è altra cosa.

Limiti etici in primo luogo, anche se nei casi cruciali, ossia quelli del fine e dell'inizio vita le politiche mostrano tutto il loro limite e tutta la loro soggezione nei confronti del mondo entro cui agiscono: il mondo della tecnica. Che, oltre tutto, finisce fatalmente con l'azzerare la rilevanza del tempo, che è oggi prevalentemente tempo scopico^[130], ossia tempo nel quale se da una causa non segue l'effetto *hic et nunc*, allora la causa cessa di essere tale per divenire altro.

Queste sono in breve le ragioni per le quali le politiche e la tecnica non dialogano. Men che meno quando si parla di democrazia e di *e-democracy*.

Oggi occorre rassegnarsi a ben altro: le politiche – non la politica – agiscono e sono agite entro un ambiente che le trascende. E questo è proprio l'ambiente della tecnica; ambiente che è e resta ciò che rimane della parabola entro cui è iscritto quell'occidente che ne ha enucleato e caratterizzato la portata e i valori^[131] e che oggi pare intravedere il proprio inesorabile tramonto^[132] proprio come l'etimo di “occidente” sembra – purtroppo – suggerire.

1. Questo lavoro è lo sviluppo e l'approfondimento di un precedente articolo dal titolo *E-democracy fra tecnologia, tecnica e politiche: il disvelamento di un arcano, in Rivista delle risorse umane*, Maggioli, Rimini, 2/2018, pagg.41-48.
2. Di ciò si è parlato nel convegno organizzato dalla Facoltà di scienze politiche – Dipartimento di Scienze sociali e politiche dell'Università Statale di Milano il 12/02/2018. L'occasione è stata la presentazione del libro di G. Vilella, *Introduzione alla E-Democracy*, Pendragon, Bologna, 2018, nel quale sono state messe in questione proprio talune delle tematiche oggetto di questo breve lavoro. Da quel momento il nostro interesse per la relazione a tre membri “democrazia elettronica – tecnica – politic[che]”.
3. È ampiamente noto che l'introduzione delle tecnologie informatiche a disposizione della pubblica amministrazione ha avuto un'accelerazione davvero impressionante, né poteva non essere altrimenti.
La prima vera e propria rivoluzione informatica applicata all'attività amministrativa si è avuta all'inizio degli anni '90. In quel torno di tempo essa era limitata all'introduzione dei primi sistemi di scrittura e all'utilizzazione dei primi programmi di gestione automatizzata

dei bilanci e dei sistemi di produzione documentale. Essa fu agevolata anche a livello legislativo con la previsione della deroga al principio dell'evidenza pubblica attuato con l'art. 1 della l. n. 770/1986 dell'11 novembre 1986. Oggi la situazione è radicalmente mutata: l'ordinamento sta attuando, e con forza, la progressiva e irreversibile sostituzione di tutta la documentazione amministrativa con la documentazione informatica. Ne sono prova, il d.lgs. n. 82/2005 del 7 marzo 2005, di recente aggiornato con il d.lgs. n. 217/2017 del 13 dicembre 2017, n. 217.

4. Come sarà ampiamente mostrato e dimostrato insieme, ciò deriva dalla confusione fra due veri e propri termini-chiave: "tecnologia" e "tecnica". Ma di ciò si dirà *amplius*.
5. Il nome "disvelamento", qui riprodotto nella forma "dis-velamento" ha una chiara attinenza e derivazione con la verità. Lo mostra l'ètimo: l'essere velato, sconosciuto, nascosto rimanda a "letheia" e, di conseguenza, al verbo "lanthanein"; il togliere il velo, ossia il rendere evidente, rendere riconoscibile, può essere reso con "aletheia", che significa proprio verità, e dunque dis-velatezza, dis-occultamento. Su tutto ciò, U. Galimberti, *Il tramonto dell'occidente*, Feltrinelli, Milano, 2005, pag. 16. Qui è tematizzato quanto espresso in M. Heidegger, *La dottrina platonica dell'essere*, in Segnavia, Adelphi, Milano, 1987, pagg. 184 e ss. Ovviamente, in questo lavoro non si ha certo la pretesa di mostrare verità, ma solo di esprimere un'opinione. Giudichi il lettore se accettabile o meno.
6. C. Belacchi, B. Benelli, *Il significato delle parole. La competenza definitoria nello sviluppo tipico e atipico*, Il Mulino, Bologna, 2007. L'opera tratta della tematica in questione in differente ambito. Ciò nondimeno se ne possono trarre utili spunti di riflessione a livello metodologico generale.
7. La centralità autenticamente baricentrica del linguaggio è sempre stata valorizzata dal pensiero occidentale. Solo due richiami: il primo è al Cratilo di Platone. Il secondo all'intera parabola filosofica di Wittgenstein.
 Nel Cratilo, Platone mette in questione il rapporto fra linguaggio, pensiero e realtà. Il linguaggio contiene in sé infinite saggezze. Esso nasce per imitazione, ma da essa presto si emancipa. La discussione fra Socrate, Cratilo e Ermogene è nota: i nomi nascono da convenzioni e rappresentano oggetti in termini di necessità? Da qui il bivio fra due teorie sul linguaggio mutuamente esclusive e congiuntamente esaustive: il linguaggio nasce da convenzioni o esprime contenuti di necessità? Su tutto ciò, *ex pluribus*, F. Aronadio, *I fondamenti della riflessione di Platone sul linguaggio: il Cratilo*, Storia e letteratura, Roma, 2011.
 Ma è soprattutto in L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, Basil Blackwell, 1953, trad. it. *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino, 1980, che al linguaggio e alla sua importanza viene restituita la cifra fondamentale gli è propria in quanto tale. Il linguaggio non ha più solo funzione di rappresentare la realtà sulla base dell'asserito isomorfismo fra pensiero-

linguaggio-realtà, ma assolve a ben più complesse funzioni. Linguaggio significante (“logos semantikos”, avrebbe detto Aristotele) non è più solo il linguaggio apofantico (logos apophantikos), ma anche altro: in questo modo, il linguaggio dell’etica, dell’estetica, dell’arte, della religione e anche il linguaggio della politica recupera lo statuto di linguaggio pienamente significante. Questo, in termini, il pensiero espresso nel Peri Hermeneias (Dell’espressione) libro II dell’Organon, trad. it. Dell’espressione, Laterza, Bari, pag. 55: *«ogni discorso è poi significativo, non già alla maniera di uno strumento naturale, bensì, secondo quanto si è detto, per convenzione. Dichiarativi sono, però, non già tutti i discorsi, ma quelli in cui sussiste un’enunciazione vera oppure falsa. Tale enunciazione non sussiste certo in tutti: la preghiera, ad esempio, è un discorso, ma non risulta né vera, né falsa. Prescindiamo dunque dagli altri discorsi, dal momento che l’indagine al riguardo è più pertinente alla retorica o alla poetica. Il discorso dichiarativo spetta invece alla presente considerazione».*

8.

Di “explanans” ed “explanandum” parla e discetta *ex pluribus* G. H. von Wright, *Explanation and Understanding*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1971, trad. it. Spiegazione e comprensione, Il Mulino, Bologna, 1977: “explanans”: è ciò attraverso cui viene fornita una spiegazione (mezzo); “explanandum”: è ciò di cui viene fornita una spiegazione (realizzazione intenzionale dello scopo).

9.

Il riferimento alla contestualizzazione è di diretta derivazione heideggeriana. Nel pensiero dell’autore, è centrale non tanto l’essere (“Sein”), quanto l’esserci (“Dasein”) e dunque “l’esserCI” dell’essere. Anche qui, è del tutto inutile affrontare la complessa problematica, trasportandola a una categoria generale del pensiero, ma occorre calarla nel più proprio contesto in cui essa si dà; certo, impiegando categorie, ma senza farne abuso. Il luogo dello sviluppo del pensiero risale al 1927 ed è contenuto in *Sein und Zeit*, Niemeyer, Tubinga, 2006, trad. it. Essere e Tempo, Mondadori, Milano, 2006.

10.

N. Cusano, *Sulla “tecnica”. La “nuova morale” e le “foglie secche sui rami”*, Mimesis, Milano, 2013, pagg.15 e 16: *«Che cos’è la “tecnica”? Rispondere a questo interrogativo significa rispondere anche all’obiezione per cui non sarebbe legittimo parlare di un essente “tecnica”, ma solo di competenze tecniche specialistiche, “tecnicismi”, “tecnologie”, meri strumenti creati e usati in contesti diversi per perseguire gli scopi più disparati. Per togliere il (debole) argomento all’obiezione è sufficiente questo rilievo: che la tecnica sia utilizzata da forze politiche, economiche, sociali, religiose ecc., non significa che non esista, accanto a tali forze, una diversa volontà di rivolgersi alla capacità di realizzare scopi. E tale volontà è appunto la “tecnica”, di cui teniamo ferma la definizione severiniana di “volontà di potenziare indefinitamente e incondizionatamente la capacità di realizzare fini».* E ancora, *«“Capacità di realizzare fini” significa colmare le mancanze, risolvere problemi, eliminare bisogni. La tecnica non è dunque un mezzo incosciente, ma un vero e proprio “sistema” che, a differenza degli altri sistemi che usano la tecnica per realizzare i loro scopi*

specifici, non ha scopi particolari ma un unico scopo: l'indeterminato potenziamento della potenza. Senza nessuna limitazione Proprio per questi motivi, la tecnica altro non è che un "sistema di sottoinsiemi" che ha "come obiettivo il potenziamento indefinito della capacità di realizzare scopi. I "sottoinsiemi" sono, per esempio, il sistema economico, finanziario, giuridico, militare, sanitario, scolastico, religioso ecc. Ogni sottoinsieme (di cui la tecnica è sistema) ha come scopo la realizzazione di un obiettivo particolare, in lotta con gli altri sistemi per imporre i propri scopi su quelli degli altri»

11.

Ecco i passaggi più salienti della vicenda: «[...] a rupi vertiginose quest'uomo costringi con ceppi infrangibili di catene adamantine. Egli sottrasse il tuo fiore, il bagliore del fuoco, ch'è padre di tutte le arti, e l'offerse ai mortali. Di tale misfatto bisogna che paghi le pene agli dèi, e impari a rispettare la signoria di Zeus abbandonando il suo amore eccessivo per gli uomini». E ancora: «Un dono largito agli uomini piega al giogo di questo destino me, un miserabile: chiusa nel cavo d'una canna furtiva sottraggo la sorgente della fiamma, che si rivelò ai mortali maestra d'ogni arte e formidabile risorsa»

12.

U. Galimberti, *Tecne e Psiche*, Feltrinelli, 1999, pag. 34: «per il fatto che abitiamo un mondo in ogni sua parte tecnicamente organizzato, la tecnica non è più oggetto di una nostra scelta, ma è il nostro ambiente, dove fini e mezzi, scopi e ideazioni, condotte, azioni e passioni, persino sogni e desideri sono tecnicamente articolati e hanno bisogno della tecnica per esprimersi».

13.

U. Galimberti, *Tecne e Psiche*, Feltrinelli, 1999, pag. 34: «per il fatto che abitiamo un mondo in ogni sua parte tecnicamente organizzato, la tecnica non è più oggetto di una nostra scelta, ma è il nostro ambiente, dove fini e mezzi, scopi e ideazioni, condotte, azioni e passioni, persino sogni e desideri sono tecnicamente articolati e hanno bisogno della tecnica per esprimersi».

14.

E. Severino, *Il destino della tecnica*, Rizzoli, Milano, 1988, pagg. 34 e 35: «[...] la tecnica mira non a uno scopo specifico e escludente, bensì all'incremento indefinito della capacità di realizzare scopi, che è insieme incremento indefinito della capacità di soddisfare bisogni [...]. È inevitabile quindi che tali forze [...] rinuncino progressivamente allo scopo che pur intendono realizzare, e vi rinuncino appunto per non frenare, limitare, indebolire l'indefinito potenziamento degli strumenti – l'apparato scientifico-tecnologico con cui intendono realizzare tale scopo. In rapporto alla realizzazione dello scopo, il perfezionamento del mezzo che deve realizzarlo è infatti limitato e frenato. Altrimenti, il vero scopo diventerebbe tale perfezionamento. E se si vuole evitare questa limitazione (nell'illusione che potenziando indefinitamente il mezzo venga favorita la produzione dello scopo), è necessario che il perseguimento dello scopo non intralci il perfezionamento del mezzo, e dunque venga subordinato a tale perfezionamento – che così diventa il vero scopo primario».

15.
E. Severino, ult.op.cit., pag. 222.
16.
Sulla cosa e sulla semantica di “cosa” è utile ricordare che alla cosa è proprio il senso della competizione e della tensione dialettica e lacerante. A questo proposito, può essere di aiuto ricordare che “cosa” deriva la propria provenienza da “res”, la quale rimanda alla cosa in contesa, ossia alla lacerante tensione che è sempre presente nel processo fra opposte rappresentazioni della realtà. Se ne trova il riferimento in Platone, *La Repubblica*, trad. it. Laterza, 1997, pag. 369 nel noto dialogo fra Socrate e Glaucone, dove della cosa – ti – si dice, con una parafrasi, «che essa né è, né non è, né è entrambi, né è alcuno dei due», con ciò volendone significare il continuo “oscillare” fra essere e non-essere. Questo è quanto è racchiuso nell’“epanfoterizein”, ossia nel continuo oscillare di ogni ente fra l’essere e il non-essere e dunque del loro “metaxu”. Sulla cosa e sulle sue caratterizzazioni ontologiche e funzionali, M. Heidegger, *Die Frage nach dem Ding. Zu Kant Lehre von den transzendentalen Grundsätzen*, Klostermann, 1962, trad. it. *La questione della cosa*, Mimesis, 2011, pagg. 11 e ss.
17.
E. Severino, ult.op.cit., pag. 222.
18.
Sinonimo per similitudine di “cosa” è il nome “roba”. Curiosa è la sua derivazione etimologica. “Roba” deriva dal germanico “*rauba*”. Come acutamente osserva E. Severino, ult. op.cit., pag. 219, «ancor oggi, in tedesco *Raub* significa preda (noi, diciamo “rubare”)». “Cosa”, “roba”, “oggetto” sono sinonimi per similitudine, o forse addirittura per identità. Anche “oggetto” ha un etimo quanto meno interessante: esso risale al latino medievale “*obiectum*”, neutro sostantivato di *obiectus*, participio passato di *obicere* “porre innanzi”; propriamente “ciò che è posto innanzi (al pensiero o alla vista)”. Il collegamento con il pro-durre è particolarmente evidente. Sul punto, R. Nobile, *Pubbliche amministrazioni, organizzazione e progettazione: concetti, prodotti e norme*, in www.lexitalia.it, 2019. Il lavoro è monotematico, ma sviluppa interessanti assonanze, consonanze ed evita dissonanze cognitive.
19.
E. Severino, ult.op.cit., pag. 19.
20.
E. Severino, ult.op.cit., pag. 226.
21.
E. Severino, ult.op.cit., pag. 215.
22.
E. Severino, ult.op.cit., pag. 218.
23.
M. Heidegger, *Die Frage nach der Technik in Vorträge und Aufsätze*, Verlag Gunter Neske, Pfullingen, 1954, trad. it., *La questione della tecnica, in Saggi e discorsi*, Mursia, 1991, pagg.

5 e ss.

24.

Proprio questo è l'inevitabile destino della tecnica: trasformare e riconformare l'uomo, che cessa di essere persona per divenire risorsa, ossia ente in rapporto di servaggio con l'apparato che ne definisce l'identità. Ciò, a ben vedere ha effetti stravolgenti sulla connotazione dell'uomo-risorsa che cessa di essere uomo persona: l'uomo-risorsa si consuma, e quando si è consumato cessa di vivere *en e pour* l'apparato e dunque cessa di esistere. Risonano qui come monito le parole di M. Heidegger nella conferenza di Brema dal titolo *Das Ding*, trad. it. *La cosa*, in F. Volpi, *Conferenze di Brema e Friburgo*, Adelphi, Milano, 2002, pag. 36: «*i mortali sono gli uomini. Essi si chiamano "i mortali" perché possono morire. Morire significa essere capaci di morte in quanto morte. Soltanto l'uomo muore. L'animale cessa di vivere (verendet)*». Proprio come lo è la natura, intesa non più come ambiente, ma come cumulo di risorse da padroneggiare e signoreggiare e sfruttare a piacere perché riserva di energia e di materia

25.

“Pro-durre” è termine caro a Heidegger (M.), *Die Frage nach der Technik* in *Vorträge und Aufsätze* cit., il quale ne fa il baricentro della sua concettualizzazione della tecnica.

26.

Per rendersene conto basta riflettere sulle conseguenze indotte dall'invenzione del telefono, del telegrafo, della radio e poi della televisione. Questi apparecchi (dispositivi, *Device, Gestell*) alterano pesantemente la percezione della spazialità e della temporalità, incidendo sul concetto di prossimità. Per non dire di quel che accade con le comunicazioni via *web* fra due o più soggetti: qui la distanza spaziale è azzerata così come pure lo è il tempo di risposta. La questione è tematizzata e lumeggiata da Martin Heidegger in *die Angabe*, trad. it. *L'indicazione*, in F. Volpi, *Conferenze di Brema e Friburgo*, Adelphi, Milano, 2002, pagg. 19. Ecco i passi più salienti e drammatici insieme: «*tutte le distanze nel tempo e nello spazio si accorciano [...] Sennonché, la precipitosa eliminazione di tutte le distanze non porta alcuna vicinanza, giacché la vicinanza non consiste nella minore distanza [...]. Che cosa accade se con l'eliminazione delle grandi distanze ogni cosa si trova ugualmente lontana e vicina? Che cos'è questa uniformità in cui tutte le cose non sono né lontane né vicine, e sono, per così dire, senza distacco (ohne Abstand)? Tutto si confonde nell'uniforme senza-distacco (das Abstandlose). Come? Questo compattarsi nel senza-distacco non è forse ancora più inquietante di un frantumarsi di tutto? [...] Che cosa ancora aspetta questa paura sgomenta, se il terrificante (das Entsetzliche) è già accaduto? Esso [il terrificante] si mostra e si cela nel modo in cui ogni cosa è presente, nel fatto cioè che, malgrado ogni superamento delle distanze, la vicinanza di ciò che è rimane assente*». Ecco il senso dello spaesamento, qualora ve ne fosse il bisogno.

27.

Ne tematizza U. Galimberti, *I miti del nostro tempo*, Feltrinelli, Milano, 2009, pag. 228 e ss. Si veda, in particolare, pag. 243 al § 6, *Le psicopatologie da internet*, del quale si raccomanda l'attenta e meditata lettura.

28.

H. Marcuse, *One-Dimensional Man. Study in the Ideology of Advanced Industrial Society*, Boston Press, Boston. 1964, trad. it. *L'uomo a una dimensione*, Einaudi, Torino, 1964, pag. 51 e ss.: «col progresso tecnico come strumento, la non-libertà – intesa come soggezione dell'uomo al suo apparato produttivo – vien perpetuata e intensificata sotto forma di molte piccole libertà e agi. [...] L'automazione pare davvero essere il grande catalizzatore della società industriale avanzata. È un catalizzatore esplosivo o, a seconda, non esplosivo, che opera un mutamento qualitativo nella base materiale, strumento tecnico del salto dalla quantità alla qualità».

29.

W. Benjamin, *Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*, in *Zeitschrift für Sozialforschung*, 1936, trad. it. F. Desideri, M. Montanelli, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*, Donzelli, Roma, 2019.

30.

Anticamente l'unica forma di riproduzione tecnica era il conio della moneta attraverso stampi. Oggi l'opera in unico esemplare è fatto raro e forse recessivo: basti pensare alla fotografia, e prima alla serigrafia, alla xilografia. Un discorso a parte va fatto per l'opera cinematografica, ove essa è la risultante della scelta di fotogrammi, che fissano più e più volte un'immagine che pare la medesima, ma che, in verità, è di volta in volta diversa.

31.

W. Benjamin, op.cit. – prima stesura (1936), pag. 23: «con il film l'opera d'arte ha acquisito una qualità che i greci le avrebbero probabilmente o che avrebbero probabilmente concesso in ultima istanza e che avrebbero considerato come la più inessenziale: si tratta della sua capacità di miglioramento. Il film compiuto è tutt'altro che una creazione in un sol getto, esso è montato a partire da numerosissime immagini singole tra cui il montatore può scegliere, immagini che, del resto, sin dal principio, nella successione delle riprese del film e fino alla riuscita definitiva, potevano essere migliorate a piacimento».

32.

W. Benjamin, op.cit., pag. 20: «Una ripresa cinematografica [...] offre una visuale che mai e in nessun luogo era stata pensabile. Essa rappresenta un processo a cui non si può più assegnare nessun punto di vista dal quale l'apparecchiatura da ripresa, che non appartiene all'azione come tale, non cada nel campo visivo dello spettatore».

33.

L'uomo, che ha sviluppato tecnologie, che sono insieme di strumenti, è dunque immerso nell'era della tecnica, che è divenuta dominio, ambiente e scopo ultimo. Di qui la domanda: ma dopo tutto qual è lo scopo della tecnica? È forse il miglioramento delle condizioni della vita, dell'ambiente, delle relazioni interpersonali e dunque della democrazia? La risposta è no: la tecnica è un po' come la volontà di potenza di Nietzsche: transvalutati tutti i valori, all'uomo non resta che la propria volontà di autorealizzazione. Ma la volontà di autorealizzazione, che è poi volontà di potenza, vuole solo incrementarsi, perché questo è il suo scopo. Proprio come la tecnica: la tecnica persegue il solo scopo del

proprio autopotenziamento. Sullo sviluppo del pensiero di Nietzsche non resta che far riferimento all'autore, tenendo conto che tutto prende le mosse dall'annunciata morte di dio, che Nietzsche riserva al folle, e questo non è un caso. A questo proposito, si veda il § 125 di *La Gaia Scienza*, Adelphi, Milano, 1986, pag. 129.

34.

Il riferimento alla sovranità è presente nella Costituzione in almeno tre momenti ben distinti, differentemente tematizzati: l'appartenenza della sovranità – art. 1, comma 2 Cost. –, il suo riferimento allo Stato – art. 7, comma 1 Cost. – e le sue possibili limitazioni – art. 10, comma 1 Cost..

35.

Sull'art. 1 Cost. la letteratura è ampissima. I limiti di questo lavoro suggeriscono il rinvio alla manualistica gius-costituzionalista. Per un esame più approfondito della materia, AA.VV. in G. Branca (ed.), *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali – articoli 1-12*, Vol. 1, Zanichelli, Bologna, 1975.

36.

Parlando di forme di esercizio della sovranità popolare il rimando più pertinente e immediato è alla legge elettorale, ossi al modo attraverso il quale è costituito ordinamentalmente il rapporto fra rappresentante e rappresentato. Nell'ordinamento attuale la legge elettorale e la suddivisione del territorio nazionale in collegi sono determinati dalla legge ordinaria: esse, a differenza di quel che accade in altri stati di democrazia avanzata, non sono dunque disciplinate dalla fonte di regolazione costituzionale e quindi non sono caratterizzate dalla stabilità nel tempo. Proprio questa è la ragione per la quale la legge elettorale, sostanzialmente stabile nei suoi contenuti fino al termine degli anni '80 è oggi oggetto di continui rimaneggiamenti, sui quali *transeamus*.

“*Transeamus*, mica poi tanto”, verrebbe da dire. Il perché è presto detto e si rifà direttamente ai contenuti della sentenza della Corte costituzionale 13/01/2014, n. 1, che ha colpito importanti segmenti della legge elettorale nota col nome, tutt'altro che lusinghiero – di “*porcellum*”. Essa ha gravemente delegittimato il parlamento che ne è scaturito, e ha dovuto affrontare il delicato problema della legittimità degli atti legislativi – ma non solo – posti in essere da un parlamento eletto all'esito di una legge elettorale dichiarata incostituzionale. Vale la pena riportare *per tabulas* il rescritto della Corte costituzionale *in parte qua*: «È evidente, infine, che la decisione che si assume, di annullamento delle norme censurate, avendo modificato in parte qua la normativa che disciplina le elezioni per la Camera e per il Senato, produrrà i suoi effetti esclusivamente in occasione di una nuova consultazione elettorale, consultazione che si dovrà effettuare o secondo le regole contenute nella normativa che resta in vigore a seguito della presente decisione, ovvero secondo la nuova normativa elettorale eventualmente adottata dalle Camere. Essa, pertanto, non tocca in alcun modo gli atti posti in essere in conseguenza di quanto stabilito durante il vigore delle norme annullate, compresi gli esiti delle elezioni svoltesi e gli atti adottati dal Parlamento eletto. Vale appena ricordare che il principio secondo il quale gli effetti delle sentenze di accoglimento di questa Corte, alla stregua

dell'art. 136 Cost. e dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953, risalgono fino al momento di entrata in vigore della norma annullata, principio «che suole essere enunciato con il ricorso alla formula della c.d. “retroattività” di dette sentenze, vale però soltanto per i rapporti tuttora pendenti, con conseguente esclusione di quelli esauriti, i quali rimangono regolati dalla legge dichiarata invalida» (sentenza n. 139 del 1984). Le elezioni che si sono svolte in applicazione anche delle norme elettorali dichiarate costituzionalmente illegittime costituiscono, in definitiva, e con ogni evidenza, un fatto concluso, posto che il processo di composizione delle Camere si compie con la proclamazione degli eletti. Del pari, non sono riguardati gli atti che le Camere adotteranno prima che si svolgano nuove consultazioni elettorali. Rileva nella specie il principio fondamentale della continuità dello Stato, che non è un'astrazione e dunque si realizza in concreto attraverso la continuità in particolare dei suoi organi costituzionali: di tutti gli organi costituzionali, a cominciare dal Parlamento. È pertanto fuori di ogni ragionevole dubbio – è appena il caso di ribadirlo – che nessuna incidenza è in grado di spiegare la presente decisione neppure con riferimento agli atti che le Camere adotteranno prima di nuove consultazioni elettorali: le Camere sono organi costituzionalmente necessari ed indefettibili e non possono in alcun momento cessare di esistere o perdere la capacità di deliberare. Tanto ciò è vero che, proprio al fine di assicurare la continuità dello Stato, è la stessa Costituzione a prevedere, ad esempio, a seguito delle elezioni, la prorogatio dei poteri delle Camere precedenti «finché non siano riunite le nuove Camere» (art. 61 Cost.), come anche a prescrivere che le Camere, «anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni» per la conversione in legge di decreti-legge adottati dal Governo (art. 77, secondo comma, Cost.)».

37.

Sulla questione di cosa sia mai la democrazia, il rimando d'obbligo è a G. Sartori, *Democratic Theory*, Wayne University Press, Detroit, 1962; *The Theory of Democracy Revisited*, Chatam House Publisher, New York, 1987, voll. I e II; *Democrazia. Cos'è?* Rizzoli, Milano, 2007, *passim*. Del medesimo autore, *The Theory of Democracy Revisited*, Chatham House, Chatham N.J., 1987, *passim*. Per un primo inquadramento della materia, P. Biscaretti di Ruffia, *Democrazia*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, vol. XII, pagg. 110 e ss. Emblematica per concisione e chiarezza è l'approccio dell'autore: «volendo, frattanto – sul piano strettamente giuridico – tradurre in una concisa definizione tale genericissima nozione della democrazia, pare potersi affermare ch'essa “sussiste quando, in un ordinamento statale, si riscontrino degli organici sistemi d'istituti e di norme atti a garantire giuridicamente la rispondenza dell'azione governativa alla concreta volontà della collettività popolare”».

Sulla democrazia non può essere tralasciato il riferimento al pensiero sviluppato nel tempo da Norberto Bobbio. Dell'autore si possono utilmente consultare *Democrazia*, in N. Bobbio, N. Matteucci, *Dizionario di politica*, U.T.E.T., Torino, 1976, pagg. 296 e ss.; *Il futuro della democrazia*, in “Nuova civiltà delle macchine”, 1984, II, num. 3, pagg. 11 e ss.; *La democrazia dei moderni paragonata a quella degli antichi (e a quella dei posteri)*, in “Teoria politica”, 1987, III, num. 3, pagg. 3 e ss.; *Democrazia e dittatura*, in *Enciclopedia*

Einaudi, Einaudi, Torino, 1978, IV, pagg. 535 e ss.; *L'età dei diritti*, in P. Polito (ed.), *Il terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e la guerra*, Sonda, Torino, 1989, pagg. 112 e ss.; *Le ragioni della tolleranza*, in AA.VV. (ed.), *L'intolleranza: uguali e diversi nella storia*, Mulino, Bologna, 1986, pagg. 234 e ss.; Tutte le opere citate sono ora raccolte in N. Bobbio, *Etica e politica*, Mondadori, Milano, 2009 per i tipi Meridiani. Dalla voce *Democrazia*, op. cit. è utile citare l'incipit del lavoro: «nella teoria contemporanea della democrazia confluiscono tre grandi tradizioni di pensiero politico: a) la teoria classica, tramandata come teoria aristotelica, delle tre forme di governo, secondo cui la democrazia, come governo di popolo, di tutti i cittadini, ovvero di tutti coloro che godono dei diritti di cittadinanza, viene distinta dalla monarchia, come governo di uno solo, e dall'aristocrazia, come governo di pochi; b) la teoria medioevale, di derivazione romana, della sovranità popolare, in base alla quale si contrappone una concezione ascendente a una concezione discendente della sovranità secondo che il potere supremo derivi dal popolo e sia rappresentativo o derivi dal principe e venga trasmesso per delega dal superiore all'inferiore; c) a teoria moderna, nota come teoria machiavellica, nata col sorgere dello Stato moderno nella forma delle grandi monarchie, secondo cui le forme storiche di governo sono essenzialmente due, la monarchia e la repubblica, e l'antica democrazia non è che una forma di repubblica (l'altra è l'aristocrazia), onde trae origine lo scambio caratteristico del periodo pre-rivoluzionario tra ideali democratici e ideali repubblicani, e il governo genuinamente popolare viene chiamato, anziché democrazia, repubblica».

38.

Sul punto, in modo esemplare, G. Sartori, *Democrazia. Cos'è?*, op cit, pagg 11 e ss. A ben vedere, la cosa in questione rimanda a un approccio più generale, i cui termini sono la doppietta “senso” e “riferimento”. Senza scomodare la tradizione filosofica e le dispute che l'hanno caratterizzata, basta qui rammemorare la contrapposizione che ha caratterizzato la dottrina degli universalisti, che ha contrapposto l'approccio sostanzialista a quello nominalista. *Ex nomine substantiam non sequitur*, con la conseguenza che *Entia multiplicanda non sunt praeter necessitatem*, secondo il chiaro insegnamento di Guglielmo di Ockham. Per venire ai giorni nostri, della questione si è occupato Gottlob Frege, che ha distinto fra *Sinn* e *Bedeutung*, ossia fra senso e riferimento. Dell'autore si veda *Frege*, in *Über Sinn und Bedeutung*, in *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, C, 1892, pag.25, trad. it. *Senso e significato*, in Mangione (ed.), *Aritmetica e logica*, Milano, 1970.

39.

Sul concetto di “fatto di produzione normativa” si rimanda a R. Orestano, *I fatti di normazione dell'esperienza romana arcaica*, Giappichelli, Torino, 1967, e alla sua lucidissima esposizione della questione. A questo proposito è emblematico il pensiero dell'autore: “[...] dottrine giuridiche più recenti – anziché di fonti di produzione (del diritto) – preferiscono parlare di fatti di produzione normativa, di fatti normativi, di procedimenti normativi, di modi di produzione normativa, di fatti di produzione giuridica, intendendo con queste – o con altre simili espressioni – i fatti e gli avvenimenti concreti e

tipici idonei a produrre norme giuridiche positive”, op. cit. pag. 5.

40.

Per l'*excursus* sull'evoluzione del pensiero e dei modelli politici si veda M. Bassani, A. Mingardi, *Dalla polis allo Stato. Introduzione alla storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 2017; N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 1976;

41.

Lo si veda in *De regimina Principium*, al paragrafo 2 che riguarda la varietà delle modalità di esercizio del potere: «*Si igitur regimen iniustum per unum tantum fiat qui sua commoda ex regimine quaerat, non autem bonum multitudinis sibi subiectae, talis rector tyrannus vocatur, nomine a fortitudine derivato, quia scilicet per potentiam opprimit, non per iustitiam regit: unde et apud antiquos potentes quique tyranni vocabantur. Si vero iniustum regimen non per unum fiat, sed per plures, siquidem per paucos, oligarchia vocatur, id est principatus paucorum, quando scilicet pauci propter divitias opprimunt plebem, sola pluralitate a tyranno differentes. Si vero iniquum regimen exerceatur per multos, democratia nuncupatur, id est potentatus populi, quando scilicet populus plebeiorum per potentiam multitudinis opprimit divites*».

42.

E. Kant, *Per la pace perpetua*, Sonzogno, Milano, 1883, pag. 33.

43.

Ult. op.cit, pag. 34.

44.

G. Sartori, *Democrazia. Cos'è?*, op. cit. pag. 208.

45.

D. Cofrancesco, *La democrazia liberale (e altre)*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2003; C. Calabrò, M. Lenci, *La democrazia liberale e i suoi critici*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2017; N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Simonelli, Milano, 2006.

46.

Il termine “democrazia” compare in letteratura assai prima. Ne parla Platone nella Repubblica, che la riconduce a una delle forme mediante le quali attuare il governo della polis. È noto che per Platone tali forme si risolvono nel movimento ciclico che le avvince: monarchia, timocrazia, oligarchia, democrazia e tirannide. Ne parla Aristotele nella *Politica* e nella *Costituzione degli Ateniesi*. Ne parla anche Polibio di Megalopoli nelle *Storie*. Ne parlano anche i tragici, fra cui, per tutti, Euripide, nelle *Supplici* e nell'*Oreste*, soprattutto per rimarcare i tratti della deriva distruttiva che caratterizza la democrazia così come la intendevano i greci. Particolarmente eloquente è quanto fatto dire all'Araldo nell'*Oreste*: «*ed alcuni, tra plausi alti, gridarono che ben parlato avesse, altri negarono. E a questo punto, un uomo si levò, di lingua senza fren, che l'impudenza ha ognor per arma, Argivo e non Argivo, fra i cittadini intruso, uso a fidare nella ciancia ignorante e nel subbuglio, persuasivo a spinger chi l'ascolta in qualche danno, o prima o poi. Ché, quando un uom soave di parole, e tristo di cuor, la folla persuade, è grave il mal della città: quanti con senno*

invece, ognor buoni consigli porgono, utili alla città, pur se non subito, riescono. Convien volgere gli occhi su questi, quando scegliere si vuole chi regga la città: ché sono in simili condizioni l'oratore e l'uomo di governo»

Qui va sottolineato che la Grecia antica non conosceva forme di democrazia come quelle odierne, ma solo modelli oligarchici entro i quali operavano votazioni dei soli cittadini liberi, con esclusione di tutti i soggetti che tali non erano, primi fra tutte le donne. La situazione è irrisa da Aristofane ne *Le donne al parlamento*, che è una succulenta sottolineatura del fallimento del governo degli uomini.

47.

In termini succinti, *ex pluribus*, P. Biscaretti di Ruffia, op. cit., pag. 114.

48.

In questo senso, già in H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, J.C.B. Mohr, 1929, trad. it. *Essenza e valore della democrazia*, in Barberis (ed.), *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1995, pag. 58 qui riportato *per tabulas* «Democrazia significa identità di governanti e di governati, di soggetto e di oggetto di potere, governo di popolo sul popolo»; il passaggio preso a sé stante ricalca quanto pronunciato da Abramo Lincoln nel discorso di Gettysburg ove si ricorda che la democrazia è «*government of the people, by the people, for the people*».

Il problema realmente in questione è identificare e definire a questi fini il concetto di popolo. Vi provvede Kelsen in modo esemplare: «*in verità, il popolo appare uno, in un senso più o meno preciso, dal punto di vista giuridico; la sua unità, che è unità normativa, risulta, in realtà, da un dato giuridico: la sottomissione di tutti i suoi membri al medesimo ordine giuridico statale in cui si costituisce [...] l'unità dei molteplici atti umani, la quale rappresenta il popolo come elemento dello Stato, di uno specifico ordine sociale*» ibidem.

49.

Sulla plurisemia di “popolo” *infra*.

50.

Il primo pensatore a introdurre il termine “stato” in un’accezione evocativa è Niccolò Machiavelli nel suo *Principe*: «*tutti li Stati, tutti li dominii che hanno avuto et hanno imperio sopra li uomini sono o repubbliche, o principati*», Einaudi, Torino, 2014, pag. 5.

51.

Emblematico è quanto compare nelle *Eumenidi* di Eschilo, ove Athena dice esplicitamente agli ateniesi che Atene sarà salva se e fino a quando avrà rispettato le norme della civile convivenza e le leggi della città.

52.

G. Sartori, *Democrazia. Cos'è?*, Rizzoli, Milano, 2001, pag. 142.

53.

Sulla sovranità la letteratura è vastissima. La nozione rimanda a quella di sede originaria nella quale risiede il potere e dunque a quella della sua scaturigine prima. Per una panoramica necessariamente contenuta sull’importante concetto e sulla sua evoluzione si possono vedere, fra i molti, F. Tuccari, G. Borgognone, *La sovranità*, Carocci, Roma,

- 2021; E. Cannizzaro, *La sovranità oltre lo stato*, Il Mulino, Bologna, 2020; J.F. Frosini, *Dalla sovranità del parlamento alla sovranità del popolo*, CEDAM, Padova, 2020; C. Galli, *Sovranità*, Il Mulino, Bologna, 2019; A. Carrino, *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione. Da Kelsen allo Stato-Mercato*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2014; L. Ventura, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale. Autorità, libertà, eguaglianza, diritti fondamentali, dignità della persona*, Giappichelli, Torino, 2014; Raymond Carré De Malberg, *Della sovranità*, Herrenhaus, Seregno, 2009; D. Quaglioni, *La sovranità*, Laterza, Bari, 2004; F. Rossolillo, *Appunti sulla sovranità*, in *Il federalista*, 2001, III, pag. 165; S. Rodotà, *La sovranità nel tempo della tecnopolitica: democrazia elettronica e democrazia rappresentativa*, in *Pol. Dir.*, 1993, IV., pagg. 569 e ss.
54. Ecco perché quando si parla di sovranità nazionale, definendola in particolare come il mezzo dell'indipendenza, ossia della libertà d'azione di una data collettività, ci si situa nella prima accezione; quando si parla di sovranità popolare, ci si situa nella seconda. Le nozioni di potere e di legittimità si trovano così associate di primo acchito a quella di sovranità.
55. Un accenno alla questione si rinviene *ex pluribus* in M. S. Giannini, *Sovranità (diritto vigente)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1990, vol. XLIII, pagg. 225 e ss.
56. Anche in questo caso deve essere prestata particolarissima attenzione alla polisemia di "stato" e ai suoi usi impropri. I cosiddetti stati nazionali erano monarchie patrimoniali, nelle quali il patrimonio del regno coincideva nella sostanza col patrimonio privato del sovrano. È solo in tempi successivi che il patrimonio personale del sovrano viene separato dal patrimonio della corona, peraltro riservando al sovrano il diritto di battere moneta.
57. L'idea che l'*imperator* fosse *legibus solutus* viene da lontano. Se ne rinviene esplicita menzione in Ulpiano, Digesto, I, 3, 31: «*princeps legibus solutus est: augusta autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent*». La tesi portò Giustiniano a ritenere che Dio avesse assoggettato non già l'imperatore alle leggi, bensì le leggi all'imperatore. La fonte si rinviene nella Novella giustiniana 105, 2 che tratta dello *status* dei Consoli. C.f.r. E. Cortese, *Sovranità (storia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1990, vol. XLIII, pag. 208.
58. Tutto ciò è molto ben tematizzato da F. Calasso, I glossatori e la teoria della sovranità. Studi di diritto comune pubblico, Giuffrè, Milano, 1957, passim. A questo proposito, è irrinunciabile la consultazione di R.W Carlyle, A.J. Carlyle, *A History of mediaeval political theory in the West*, Blackwood, Edinburgh, 1950 trad. it. Il pensiero politico medievale, Laterza, Bari, 1957.
- Per una bibliografia ragionata dal punto di vista storico, Merriam (C.), *History of the Theory of Sovereignty since Rousseau*, Columbia University Press, New York 1990; Anderson (P.), *Lineages of Absolute State*, New Left Books, London 1974; Bartelson (J.), *A*

Genealogy of Sovereignty, Cambridge University Press, Cambridge 1955; de Jouvenel (B.), *De la souveraineté*, Génior 1955]; Stankiewicz (W.J.) (ed.), *In Defense of Sovereignty*, Oxford University Press, London 1969; Camilleri (J.) Falk (J.), *The End of Sovereignty?*, Elgar, Aldershot, 1992; Chayes (A.H.), *The New Sovereignty*, Harvard University Press, Cambridge 1995; Biersteker (T.J.), C. Weber (C.) (ed.), *State Sovereignty as Social Construct*, Cambridge University Press, Cambridge 1996; Badie (B.), *Un monde sans souveraineté. Les États entre ruse et responsabilité*, Fayard, Paris, 1999.

59.

Guardando alla sovranità nelle relazioni fra realtà date nella storia di allora (regni, città, comuni, *et coeteris paribus*) nei reciproci rapporti, e quindi valorizzandone il profilo esterno, è di tutta evidenza che il disriconoscimento del *superior* determinava che ogni singolo ordinamento particolare fosse originario ed esclusivo.

60.

Questo è punto di arrivo nel diritto intermedio. È utile rammentare i passaggi salienti che hanno condotto al termine “sovranità”. *In primis* lo stupore dei primi re barbari al cospetto dell’universalità dell’ordinamento e della legislazione della Roma imperiale, sia pure in corso di disfacimento. Poi, la consapevolezza del potere del re, peraltro proteso verso l’idealità dell’universalità, e dunque l’omaggio del potere reale ed effettuale a un simbolo che è insieme una tensione verso l’idealità (ne sono segno il lustro dato al re dall’attribuzione del titolo di *patritius* piuttosto che l’utilizzazione dell’appellativo *Flavius*). Infine la consapevolezza che è re solo e soltanto colui al di sopra del cui potere non si colloca altri. In questo senso la formola attribuita a Bartolo da Sassoferrato *civitas superiorem non reconoscens tantum iuris habet in territorio suo quantum imperator in suo imperio*: ecco perché *rex in regno suo princeps est*. Per una miglior comprensione del fenomeno, F. Cortese, op. cit., loc. cit., pag. 212: «[...] si diede ad approfondire la valenza storica della formula e, risultando com’essa fosse composta di due parti che avevano origini diverse, si soffermò soprattutto sulla prima: derivata da una decretale d’Innocenzo III, essa implicitamente chiedeva a re di non riconoscere sopra di sé alcun ‘superior’. La cosa da un canto metteva in risalto il dato politico dell’indipendenza, dall’altro rivelava il perdurare d’agganci col mondo medievale: qui infatti, dal Duecento, la parola ‘superior’ si era venuta affiancando al tradizionale ‘senior’, aveva quindi presto generato nel linguaggio volgare il termine ‘superanus’; questo, infine, sia era successivamente svolto sia nel francese ‘suzerain’, dal valore tutto feudale, sia nel ‘souverain’ di diritto pubblico, il nostro sovrano, dando l’avvio a un uso terminologico ch’è quello moderno».

61.

Tutto ciò è sostenuto *apertis verbis* da Carl Schmitt, *Teologia politica*, in *Le categorie del “politico”*, Il Mulino, Bologna, 1972, pag. 61: «tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati. Non solo in base al loro sviluppo storico, poiché essi sono passati alla dottrina dello Stato dalla teologia, come ad esempio il Dio onnipotente che è divenuto l’onnipotente legislatore, ma anche nella loro struttura sistematica, la cui conoscenza è necessaria per una considerazione sociologica di questi

concetti. Lo stato di eccezione [si ricordi che per Carl Schmitt è sovrano quel potere che decide sullo stato di eccezione] ha per la giurisprudenza un significato analogo al miracolo per la teologia. Solo con la consapevolezza di questa situazione di analogia si può comprendere lo sviluppo subito dalle idee della filosofia dello Stato negli ultimi secoli».

62.

Qui è d'aiuto l'iconografia: il monarca veniva spesso rappresentato col capo aureolato, con ciò trasponendo simbolicamente «l'antica *'maiestas populi romani'*, che aveva trasformato la *'major dignitas'* originaria in un piedistallo posto fra cielo e terra, e che era cosa ben diversa dal complesso di poteri, li si voglia considerare assoluti o legalitari», in termini, E. Cortese, op. cit., loc. cit., pag. 209.

63.

P. Biscaretti di Ruffia, op. cit., loc. cit..

64.

J. Bodin, op. cit.. A questo proposito non deve essere dimenticata l'ascendenza storica e quindi la perimetrazione dell'ambiente entro il quale matura il pensiero di Jean Bodin, ossia quello delle guerre di religione, culminate con la strage degli Ugonotti nella notte di san Bartolomeo, per porre fine alle quali vien teorizzato che la forma di governo più appropriata è quella che più di tutte accentra il potere in capo al principe. Né, ovviamente, l'approccio giusnaturalista che ne anima gli intenti e il lavoro di sistemazione organica del proprio pensiero.

65.

È quanti meno curioso che nella teorizzazione di Jean Bodin non compaia mai il riferimento allo stato così come oggi lo intendiamo. La spiegazione di ciò è però assai semplice: qui il riferimento allo stato è del tutto atecnico, perché se di stato di deve proprio parlare, allora il riferimento è allo stato patrimoniale retto dal sovrano assoluto, munito di diritto di comandare e assistito da un apparato ridotto ai minimi termini e supportato dall'esercito che egli riusciva a pagare.

66.

Non è difficile vedere il fondamento religioso di questa dottrina: il modo in cui viene concepito il potere politico non è che una trasposizione profana del modo in cui Dio esercita il suo, e in cui il papa regna sulla cristianità, e questo quand'anche rifiutasse la concezione medievale che faceva del potere una semplice delegazione dell'autorità di Dio. Qui il monarca non si accontenta più di detenere un potere di diritto divino. Attribuendosi il potere di fare e disfare le leggi a proprio piacimento, il monarca agisce come Dio. Egli forma da solo un tutto separato, che domina il corpo sociale proprio come Dio domina il cosmo. Lo stesso dicasi del tema dell'assoluta rettitudine del sovrano, che non è che una trasposizione nell'ambito politico del Dio cartesiano che può tutto ciò che vuole, ma non può volere il male. Dalla sovranità, si passa allora surrettiziamente all'infallibilità.

67.

La sovranità è potere assoluto che fonda lo stato come entità politica a sua volta unico e

assoluto. Lo stato è necessariamente uno e indivisibile, poiché dipende interamente dal monopolio legislativo detenuto dal sovrano. Le autonomie locali possono essere ammesse solo nella misura in cui non riducono l'autorità del principe. Lo stato diventa così una monade, mentre il principe si trova "separato dal popolo", ossia posto in una situazione di isolamento.

68.

C. Schmitt, *Der Nomos der Erde*, Dunker & Humboldt, Berlin, 1974, trad. it. *Il Nomos della Terra*, Adelphi, Milano, 2006, 142, ove si soggiunge, riprendendo quanto già anticipato in teologia politica, op.cit., loc. cit. che «*la particolarità storica, unica e del tutto incomparabile, di quel fenomeno che viene chiamato 'Stato' consiste nel fatto che esso è il veicolo della secolarizzazione*».

69.

Il riferimento è a T. Hobbes e al suo *Leviathan or the matter, forme and power of a Common-wealth ecclesiastical and civil*, trad. it. *Il Leviatano*, U.T.E.T., Torino, 1955, e risulta da una riflessione sul carattere distruttore dello "stato di natura". Hobbes, sostiene che gli individui entrano in società e si pongono sotto l'autorità di un principe per mettere fine alla "guerra di tutti contro tutti" che si presume caratterizzare lo stato di natura. Per Hobbes, «[...] il proposito degli uomini [...] è la preoccupazione di garantire la propria conservazione e di assicurarsi migliori condizioni di vita, cioè il desiderio di trarsi fuori da quel miserabile stato di guerra che rappresenta la necessaria conseguenza delle passioni naturali degli uomini quando manca un potere visibile capace di tenerli soggetti e di far loro rispettare i patti con la minaccia di un castigo [...]» (op.cit. pag.205). Ecco perché «*se non esiste un potere costituito, od almeno abbastanza forte da garantire la nostra sicurezza, ognuno vorrà e potrà legalmente far affidamento sulla sua sola forza ed abilità per difendersi da tutti gli altri uomini*» (ibidem, pag. 206). Lo stato di guerra che ne segue – il celeberrimo *homo ominis lupus ratione naturae* – può essere evitato solo attraverso ciò che «*è più di un consenso o di un accordo*», il quale dà vita a "una concreta unità di tutti i componenti dello stato in una sola e medesima persona, resa possibile da un patto di ciascuno con l'altro [...] Questa è la fondazione di quel grande Leviatano, o piuttosto, per parlare con più reverenza, di quel Dio mortale, a cui al di sotto del Dio immortale, noi siamo debitori della nostra pace e difesa» (ibidem, 210). Hobbes fa dunque intervenire il consenso dei primi soci, ma le conclusioni che ne trae vanno oltre quelle di Jean Bodin. Mentre quest'ultimo conservava una certa dualità tra il sovrano e il popolo, Hobbes la fa completamente sparire. Entrando in società, gli individui accettano, infatti, di abbandonare ogni sovranità per trasferirla interamente al principe, divenendone sudditi. Pagando la propria sicurezza al prezzo dell'obbedienza, il popolo si dissolve così nel sovrano, la cui autorità si trova assimilata alla somma delle volontà individuali di cui è investito. In buona sostanza, la dialettica hobbeseiana intercetta l'endiadi "protezione della vita" e "cessione della sovranità", nella cui relazione risaltano i poteri, le potestà e le prerogative proprie del sovrano, che Hobbes descrive con particolare puntiglio nel cap. XVIII del Leviatano.

70.

Di Jean Jaques Rousseau si veda, a questo proposito *Du contract social, ou principes du droit politique*, trad. it, *Il contratto sociale*, Rizzoli, Milano, 2005. Ai fini in questione vale la pena di riportare i tratti essenziali della sua impostazione, per la quale «ciascuno di noi mette in comune la sua persona e tutto il suo potere sotto la suprema direzione della volontà generale e noi, costituiti in corpo, riceviamo ogni membro quale parte indivisibile del tutto» (op. cit. pag. 67) con la conseguenza che «al posto della persona singola di ciascun contraente, quest'atto di associazione produce un corpo morale e collettivo composto da tanti membri quanti sono i voti dell'assemblea, il quale riceve da questo stesso atto la sua unità, il suo io comune, la sua vita e la sua volontà» (ibidem, pag. 68).

71.

In questo senso, Biscaretti di Ruffia, op. cit, pag. 115: «la dottrina della "sovranità nazionale – per cui solo la Nazione, nel suo indivisibile complesso, avrebbe goduto di siffatto potere sovrano, concedendone l'esercizio a quei suoi soli componenti che ne avrebbero potuto fare avveduto e buon uso – rappresentò, infatti, in quel primo periodo, un abile espediente per ostacolare l'estensione immediata ed indiscriminata dei diritti politici a tutti i cittadini».

72.

Può essere utile ricordare che la Svizzera ha esteso il voto alle donne solo nel 1975.

73.

M.S Giannini, op. cit., loc. cit., pag. 228.

74.

La polisemia di "popolo" entro la pluripartizione appena evidenziata si deve a G. Sartori, *Democrazia. Cos'è?* op. cit. pag. 21.

75.

G. Sartori, op. cit., pag. 22.

76.

G. Sartori, op. cit., pag. 23.

77.

“Contrari” e “contraddittori” sono aggettivazioni o nomi il cui significato è spesso confuso, generando equivoci di ogni specie. E infatti, sia gli uni, sia gli altri sono opposti, ma lo sono in modo differente. Contraddittori sono due opposti che si escludono vicendevolmente, talché *tertium non datur* in base al *principium firmissimum* della βεβαιοτάτη ἀρχή di cui discetta già Aristotele nella Metafisica. Contrari sono due opposti per i quali non vige il principio della congiunta esaustività e della mutua esclusività. A esempio: “vero” e “falso” sono predicati contraddittori, così come pure lo sono “giusto” e “ingiusto”. “Chiaro” e “scuro” sono predicati contrari, perché i termini dell'accoppiata ammettono gradazione, talché ha senso parlare di “più chiaro” e “meno scuro” senza incappare in una contraddizione, con la conseguenza che *tertium datur*.

78.

A questo proposito, si vedano le belle pagine di Sartori, op. cit. pagg. 118 e ss..

79.

Per una differenziazione fra “popolo” e “popolazione”, è preliminare la verifica delle ricorrenze nel testo della costituzione. Ebbene, “popolo” ha quattro ricorrenze; “popolazione” cinque. Quanto al primo, se ne trova traccia nell’art. 1, comma 2 (“*La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione*”), nell’art. 71, comma 2 (“*Il popolo esercita l’iniziativa delle leggi, mediante la proposta, da parte di almeno cinquantamila elettori, di un progetto redatto in articoli*”), nell’art. 101, comma 1 (“*La giustizia è amministrata in nome del popolo*”) e nell’art. 101, comma 3 (“*La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all’amministrazione della giustizia*”). Quanto al secondo, i riferimenti sono all’art. 56, comma 3 con due ricorrenze, all’art. 57, ultimo comma, e alla IV disposizione transitoria. Qui la popolazione è strettamente legata ai dati del censimento come presupposto per l’attribuzione dei seggi all’esito delle elezioni. Un utile riferimento va fatto all’art 51, commi 1 e 2 Cost., in materia di accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive: «*Tutti i cittadini dell’uno o dell’altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini. La legge può, per l’ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica*»

Quel che emerge dall’accostamento dei due termini è chiaro: la nozione di popolo è strettamente connessa a quella di cittadinanza; quella di popolazione ha valenza sia giuridica, sia sociologica. Giuridica quando connessa al censimento della popolazione. Valenza sociologica, quando riferito all’insieme dei soggetti che vivono comunque sul territorio statale.

80.

V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale I*, Giuffrè, Milano, 1970, pag. 59.

81.

V. Crisafulli, op. cit., pag. 60.

82.

La fonte è Formez PA, in <http://qualitapa.gov.it/customer-satisfaction/ascolto-e-partecipazione-dellutenza/e-democracy/>

83.

Per rendersi conto del rischio in parola è sufficiente scorrere l’indice di una recentissima collettanea, G. Ziccardi, P. Perri, *Tecnologia e diritto. Fondamenti d’informatica per il giurista*, Giuffrè, Milano, 2018, che si riporta per tabulas: «*La ricerca d’informazione giuridica nelle banche dati private; Il reperimento d’informazioni giuridiche nelle banche dati pubbliche e in Internet; Gli errori più comuni commessi durante l’attività di ricerca; L’uso degli strumenti di videoscrittura in un contesto giuridico: la redazione di un atti, di un articolo scientifico e di una tesi di laurea; Il lavoro cooperativo, le revisioni e il backup; Il formato PDF, l’XML, l’interoperabilità e la protezione da virus; la protezione del dato sul dispositivo personale e nell’attività professionale quotidiana; Le minacce più comuni;*

difendersi da malware e da altri attacchi; Fondamenti di cloud computing; Il cloud computing tra sicurezza e responsabilità; Le problematiche giuridiche dell'Internet delle Cose; Le misure di sicurezza, l'analisi del rischio e la privacy by design e by default nel GDPR; La presenza del professionista sui social network e le regole deontologiche; La netiquette e l'importanza dei comportamenti in rete; L'attività dell'avvocato tra software di intelligenza artificiale e robotica; Il processo civile telematico; Il processo penale telematico; Alcune riflessioni sulle notificazioni e i dispositivi a mezzo PEC dell'avvocato nel processo penale telematico; Il processo tributario telematico; Il Codice dell'Amministrazione Digitale e i sistemi di gestione delle identità; La posta elettronica certificata (PEC), i registri d'indirizzi e le forme elettroniche; Le investigazioni digitali; la Social Network Analysis; I principali reati informatici oggetto d'indagine; Alcuni crimini correlati alla rete: il Cyberstalking, revenge porn; grooming online e sextortion; Reati "tradizionali" commessi in rete: sostituzione di persona, diffamazione e molestie; Il bullismo online e l'educazione digitale degli adolescenti; I profili di responsabilità dei provider, il diritto all'identità personale e la tutela della web reputation; Alcune considerazioni circa l'uso responsabile delle piattaforme di social network».

84.

L'incontrollabilità della raccolta dei dati e la sua concentrazione in capo a pochi operatori, quasi sempre soggetti non istituzionali, determina la profilazione – per non dire la schedatura – della persona, e questo favorisce forme di manipolazione del pensiero fino a oggi inesplorate, anche se facilmente intuibili.

85.

Su tutto ciò, in tempi non sospetti, N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984, pagg. 34 e ss., del quale è utile rammemorare il pensiero: «*Se per democrazia diretta s'intende alla lettera la partecipazione di tutti i cittadini a tutte le decisioni che li riguardano, la proposta è insensata. Che tutti decidano su tutto in società sempre più complesse come sono le società industriali moderne è materialmente impossibile. Ed è anche umanamente, cioè dal punto di vista dello sviluppo etico e intellettuale dell'umanità, non auspicabile. [...] Ma l'individuo rousseiano chiamato a partecipare dalla mattina alla sera per esercitare i suoi doveri di cittadino sarebbe non l'uomo totale ma il cittadino totale. E il cittadino totale non è a ben guardare che l'altra faccia non meno minacciosa dello stato totale. [...] Il cittadino totale e lo stato totale sono le due facce della stessa medaglia, perchè hanno in comune, se pur una volta considerato dal punto di vista del popolo, l'altra volta dal punto di vista del principe, lo stesso principio: che tutto è politica, ovvero la riduzione di tutti gli interessi umani agli interessi della polis, la politicizzazione integrale dell'uomo, la risoluzione dell'uomo nel cittadino, la completa eliminazione della sfera privata nella sfera pubblica, e via dicendo*». Sull'evoluzione del pensiero di Norberto Bobbio in materia, E. Grosso, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nel pensiero di Norberto Bobbio*, in *Rivista AIC*, 2015.

86.

La nozione e il concetto di teatrocrazia risale a Platone e si ritrova ben esplicitato nel § 701

di *Nomoi*, trad it. *Leggi*, Laterza, Bari, 1993, pag. 116. La teatralizzazione della democrazia è il rischio oggi più marcato; essa, a ben vedere, si fonda sul principio aberrante della valorizzazione dell'incompetenza. Un'utile rappresentazione di ciò che la teatrocrazia è si rinviene in de J. Romilly, M. Trédé, *Petites leçons sur le grec ancien*, Stock, Parigi, 2008, trad it. *Elogio del greco antico*, Il Nuovo Melangolo, Genova, 2017, 62: «*d'altronde, un'altra creazione platonica ingiustamente dimenticata, la "teatrocrazia", potrebbe forse ritrovare vita e senso nel nostro mondo contemporaneo, definito a volta una "società dello spettacolo". La teatrocrazia corrisponde, nell'evoluzione democratica, a quello stadio in cui tutti si credono competenti su tutto, senza aver nulla appreso, inizialmente a teatro, e poi negli altri campi del sapere. Ciascuno acquista allora una sicurezza che si trasforma ben presto in impudenza, rifiuta qualsiasi autorità e finisce col disobbedire alle leggi, non rispettando più né giuramenti, né impegni*». Il quadro è davvero edificante, non v'è che dire.

87.

La situazione non è nuova. Essa è molto ben descritta da Polibio di Megalopoli nelle *Storie*. Anch'egli – come Platone nella Repubblica – sviluppa una sorta di ciclicità del divenire delle forme di governo, la più perniciosa delle quali è l'oclocrazia. Durante l'oclocrazia il popolo, danneggiato dal disordine politico e dalla corruzione, svilupperà il sentimento della giustizia e sarà spinto a credere nel populismo e nei demagoghi, che porteranno lo Stato al *caos* da cui si uscirà quando emergerà un unico, e a volte virtuoso, demagogo che instaurerà il potere assoluto.

88.

A questo proposito, lo ribadiamo, si veda il lucidissimo pensiero di Bobbio (N.), *Il futuro della democrazia*, loc. cit.: «*Se per democrazia diretta s'intende alla lettera la partecipazione di tutti i cittadini a tutte le decisioni che li riguardano, la proposta è insensata*».

89.

Quanto evidenziato ricalca l'insanabile incompatibilità che sussiste, a esempio, fra tecnica e capitalismo, su cui N. Cusano, op. cit. loc. cit.: «*Il capitalismo ha come obiettivo l'incremento illimitato del profitto; ma poiché tale incremento è direttamente proporzionale all'efficacia dello strumento, volere l'incremento del profitto significa anche volere il potenziamento dell'efficacia dello strumento*» [...] «*e tale strumento oggi è appunto, per tutte le forze in campo, la tecnica guidata dal sapere scientifico*». E ancora, «*e qui viene a galla l'incompatibilità essenziale di tecnica e capitalismo, contrariamente a quello che si è soliti ritenere. La prima, infatti, è volontà di potenziamento incondizionato e illimitato della capacità di realizzare fini, mentre il secondo, volendo "più profitto", deve anche volere la "scarsità media" delle merci, indispensabile alla circolazione delle merci e di conseguenza all'incremento del profitto. La volontà della tecnica di accrescere indefinitamente la potenza, cioè l'eliminazione di ogni impotenza, è incompatibile con la volontà del capitalismo di non eliminare ogni impotenza, cioè di lasciare che sussista quel bisogno che consiste nella scarsità media delle merci. Tecnica e capitalismo vengono erroneamente*

CERIDAP

accomunati, come fossero un tutt'uno, mentre sono essenzialmente incompatibili».

90.

Se accedere alla rete è la preconditione per l'esercizio di diritti, allora accedere alla rete non può che essere un vero e proprio diritto soggettivo. Sarà la progressiva maturazione dell'ordinamento nell'andamento della giurisprudenza della Corte costituzionale a ricondurlo e a conformarlo quale diritto *ex art. 2, 3 e 97 Cost.* Sulla questione vale la pena evidenziare che il Consiglio di stato ha avuto modo di interessarsi della vicenda. Vi ha provveduto con il parere espresso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi 07/02/2005, n. 11995/2005, i cui contorni in materia sono però insoddisfacenti. Differente per contenuti e chiarezza enunciativa è l'art. 1, comma 1 della legge della Regione Umbria 13/12/2013, n. 31, di cui è bene riportare il testo: *«la Regione riconosce il diritto di tutti i cittadini di accedere a internet quale fondamentale strumento di sviluppo umano e di crescita economica e sociale e promuove lo sviluppo delle infrastrutture di telecomunicazione al fine di assicurare la partecipazione attiva alla vita della comunità digitale».*

91.

E infatti, l'effettività dell'accesso alla rete è oggi il presupposto di numerosi altri diritti, sino a diventare preconditione per l'esercizio di una piena cittadinanza attiva, consapevole e tecnologicamente digitale, come dovrebbe condurre e ritenete la lettura del d.lgs. 07/03/2005, n. 82.

92.

In questo senso, si era espresso in tempi non sospetti S. Rodotà, *Rodotà e la democrazia elettronica*, per il quale è evidente che il diritto all'accesso e alla connessione alla rete informatica è il prerequisito per l'effettività di altri diritti: il diritto alla salute (art. 32 Cost.), diritto all'istruzione (art. 34 Cost.), diritto al lavoro (art. 1 Cost.), diritto alla cittadinanza attiva (art. 2 Cost.)

93.

La modifica costituzionale proposta dal prof. Stefano Rodotà consisteva nell'inserimento nella Carta Fondamentale dell'art. 21-bis: *«Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire le violazioni dei diritti di cui al Titolo I della parte I».* Si veda in proposito il Disegno di legge costituzionale n. 2485 -Senato della Repubblica- XVI Legislatura, in www.senato.it

94.

Sulla distinzione fra norme programmatiche e norme precettive, si veda *ex pluribus* la sentenza della Corte costituzionale 24/01/1969, n. 1: *«secondo il reiterato insegnamento della Corte costituzionale, [...] la distinzione fra norme precettive e norme programmatiche "non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche" posto che, a parte quelle norme costituzionali che "si*

CERIDAP

limitano a tracciare programmi generici di incerta e futura attuazione", non può contestarsi l'esistenza di norme programmatiche "le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sulla intera legislazione» (Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1)".

95. L'evidenza della disalfabetizzazione informatica è emersa con tutta evidenza in tempi di pandemia da COVID-19.
96. C. Mele, *Il diritto di accesso ad Internet a seguito della pandemia*, in <https://www.diritto.it/emergenza-sanitaria-ed-emergenza-costituzionale-covid-19-e-diritto-di-accesso-ad-internet/>
Più in generale, sul tema evocato e sul linguaggio utilizzato nella redazione dei testi legislativi si rimanda a R. Nobile, *COVID-19. Dpcm del governo e problemi di sorveglianza linguistica: la tecnica e l'igiene del linguaggio non sono un optional. Spunti per un'analisi linguistica delle misure di contrasto al virus*, in *CERIDAP*, III, 2021, pagg. 102 e ss. Nella medesima direzione, R. Nobile, *Il sabba del "dpcm fotocopia" al cospetto dell'emergenza igienico-sanitaria da COVID-19 e le asimmetrie in tema di responsabilità*, in <http://www.lexitalia.it/a/2020/124745>
97. Sul tema, si rimanda a R. Nobile, *Lavoro agile nella pubblica amministrazione, prossimità e temporalità*, in "Risorse Umane", 2020, III, pagg. 16 e ss.
98. È di tutta evidenza che la questione sollevata tocca da vicino il modo delle relazioni interpersonali, il loro mutamento e la loro evoluzione (o involuzione, secondo le sensibilità).
99. Sul punto, si veda F. Lerrazzoli, G. Maga, *Pandemia e infodemia*, Zanichelli, Bologna, 2021.
100. L'Istat ha registrato, nel periodo 2018-2019, che il 33,8% delle famiglie non ha *computer* o *tablet* in casa; inoltre, dai dati pubblicati, viene evidenziata la discrasia tra le varie Regioni d'Italia in quanto nel Mezzogiorno il 41,6% delle famiglie è senza *computer* in casa rispetto ad una media del 30% nelle altre aree del Paese, c.f.r. dati ISTAT del 06/04/2020 in www.istat.it. E ancora, «in Italia solo il 21 % degli individui in età compresa tra i 16 e i 65 anni possiede un buon livello di alfabetizzazione e capacità di calcolo. L'Italia è ultima in Europa e si posiziona dopo Paesi quali Turchia e Cile. Sono gli "analfabeti digitali", i quali non hanno le competenze minime necessarie per accedere ad Internet. Questo ritardo digitale rispetto ad altri Paesi può essere ricondotto principalmente a tre fattori: l'età media della popolazione italiana, il livello culturale, nonché il ritardo infrastrutturale», F. Cerquozzi, *Introduzione al "Diritto di accesso ad Internet"*, in *Costituzione* (2020), in <https://www.iusinitinere.it/diritto-di-accesso-ad-internet-e-costituzione-31496>

101.

Non richiede dimostrazione particolare la prova che la rete *internet* è disomogeneamente diffusa sul territorio e per giunta efficiente a macchia di leopardo.

102.

Cosa sia la politica è molto ben evidenziato da Aristotele nel *Peri Politike*. Politica è unione dei *plures*, ossia dei gruppi che si aggregano per condurre una vita comune secondo regole: le regole di *Dike*, ossia della giustizia. Politica è anche separazione: separazione della comunità da altre comunità, pure politicamente organizzate piuttosto che dagli *oi barbaroi*. Politica è anche rispetto del *nomos*, che assicura stabilità e protezione. Ne parla Eschilo nelle *Eumenidi*, dove il rispetto della giustizia è posto come preconditione della protezione assicurata dagli dei, nello specifico da Athena, che interviene nel processo dinanzi all'Aerophago a Oreste col proprio voto e lo salva. La conseguenza è ovvia: Atene godrà del favore degli dei fino a quando avrà rispettato Dike.

103.

A questo proposito è particolarmente emblematica l'osservazione per la quale «*una candidatura è sempre l'opera di un gruppo di persone riunite per un intento comune, di una minoranza organizzata che, come sempre, fatalmente e necessariamente s'impone alle maggioranze disorganizzate*», in G. Mosca, *Sulla teorica dei governi e del governo parlamentare*, Tipografia dello Statuto, Palermo, 1884, pag. 295.

104.

Il passaggio dalla politica alle politiche è davvero cruciale. La politica rischia di essere vista – ma è fatale che sia così – alla stregua di una categoria generale del pensiero. Che ciò sia errato è sicuramente falso. Vero è però che agirla in questo senso oscura il dato fattuale che qui pare davvero dirimente. Parlare di politiche non disancora il discorso dalla realtà e dal suo rapporto con la parabola esistenziale degli umani. Fermi il significato, la nozione e il concetto di politica, le politiche appaiono subito per quel che sono: evenienze non necessarie, ma contingenti, ossia insieme di scopi da perseguire e da conseguire. Ecco, le politiche sono evenienze storiche, e, come tali, mutevoli. Ciò che le caratterizza è la tensione verso finalità, per conseguire le quali occorrono strumenti. Ma quando le politiche agiscono nell'era della tecnica, quest'ultima le trascende, perché tutte esse per autopotenziarsi devono appropriarsi della tecnica, che diventa in tal modo il loro scopo ultimo. Ciò vale in particolare per le ideologie, per le religioni, per i sistemi conoscitivi e scientifici e così via.

105.

La tecnica non è né vera, né falsa; né giusta, né ingiusta. La tecnica o funziona o non funziona: *tertium non datur*.

106.

Il richiamo alle dottrine delle élite sviluppata da Gaetano Mosca si spreca, e vale in sé e per sé, ad archiviare la grossolanità del pensiero di chi fa qui questione di mero complottismo. Partendo dalla premessa che «*in ogni governo regolarmente costituito la distribuzione di fatto dei poteri politici non è sempre d'accordo con quella di diritto*», (Mosca 1882, I, pagg. 365-366) egli osserva che accanto ai detentori dei ruoli istituzionali espressamente previsti

dal diritto pubblico, che quindi esercitano un potere formale sancito da norme costituzionali e legislative, vi sono i detentori di un potere sociale non meno importante di quello giuridico e di cui sono portatori tutti coloro che godono di rilevanti posizioni sul piano economico delle professioni, della finanza, dell'industria *et coeteris paribus*. Insomma, tutti coloro che, pur non ricoprendo cariche previste dall'ordinamento, esercitano una rilevante capacità di influenza sul corso della vita pubblica e quindi sulle condizioni concrete dell'esistenza dei singoli individui appartenenti ad una determinata società.

107.

Detto incidentalmente, questa è la genesi del tramonto del capitalismo descritta da Emanuele Severino ne *Il declino del capitalismo*, Rizzoli, Milano, 1993. Da un lato, il capitalista ha quale proprio scopo la massimizzazione del profitto il che impone la massima circolazione delle merci per la produzione di un quantitativo di danaro maggiore di quello investito; dall'altro, il capitalista deve attuare la rarefazione delle merci per mantenere alto il loro prezzo. È evidente che il potenziamento della produzione confligge con la rarefazione delle merci, il che segna l'inizio della fine del modello.

108.

Cosa sia una parola-valore è noto, ma è ben rammemorarla: essa è un nome o una locuzione la cui funzione non è descrivere la realtà e quindi produrre contenuti di conoscenza, ma solo orientare il destinatario verso direzioni precostituite e sovente inanalizzate per non dire abborraciate. Le parole-valore appartengono al dominio del linguaggio persuasivo, per la cui caratterizzazione si può vedere *ex plurimus* C.L. Stevenson, *Persuasive definition*, in *Mind*, 1938, pagg. 331 e ss.: «*a "persuasive" definition is one which gives a new conceptual meaning to a familiar word without substantially changing its emotive meaning, and which is used with a conscious or unconscious purpose of changing, by this means, the direction of people's interest*».

Il linguaggio attraverso cui si esprime la politica – *rectius*, si esprimono le politiche – è prevalentemente linguaggio persuasivo, e della peggior specie. Per convincersene, è sufficiente analizzare i contenuti dei programmi elettorali, sui quali *transeamus*. Qualora ve ne fosse bisogno, questo è uno dei copioni preferiti dai demagoghi travestiti da politici. Che più che tali sono politicanti da strapazzo. Il guaio è che attecchiscono e incantano le folle. Proprio come gli oclocrati di cui parla Polibio di Megalopoli nelle sue *Storie*. La cosa in questione è ampiamente drammatizzata da George Orwell in *Politics and the English Language* e in *The Principles of Newspeak*, trad it. *La neolingua della politica*, Garzanti, Milano, 2021.

109.

La differenza fra nozioni e informazioni è dirimente. Le nozioni sono vere o false, ossia o spiegano la realtà o non lo fanno. Le informazioni sono espressione di opinioni e di valutazioni, e come tali non spiegano alcunché. Esse hanno piuttosto forza persuasiva più o meno forte, e questo dipende dalla forza argomentativa di chi le diffonde e da come viene percepito chi le propala. Quando si parla di informazione, meglio sarebbe esprimersi in

termini di in-formazioni. Ciò renderebbe al meglio il prodotto atteso dall'informatore: formare-in, ossia dare forma per uno scopo.

110.

Sul punto, R. Nobile, *Management pubblico e semantica: prassi, significati ed etimi*, in *Ris. Umane*, 2019, III, pagg. 28 e ss.

111.

Si pensi, a esempio, alla proliferazione dei *referendum* su questioni nelle quali la tecnica è sovrana. Per esprimersi compiutamente su quesiti che riguardano il ricorso agli OGM occorre essere almeno ingegneri molecolari o genetisti; per potersi esprimere compiutamente sull'utilizzazione dell'energia nucleare, ingegneri atomici o fisici delle particelle, *et coeteris paribus*. Quanto alla logica interna del *referendum*, va osservato che il suo esito è sempre a somma-0; e infatti, chi vince prende tutto, ossia si appropria del suo esito, mentre chi perde tutto, ossia non si appropria di alcunché. Ma dopo tutto, come bene osserva U. Galimberti, *I miti del nostro tempo*, op. cit., pag. 218, «*La tecnica potrebbe determinare la fine della democrazia (il condizionale è motivato dal fatto che siamo tutti affezionati alle democrazie, ma in realtà si potrebbe dire che essa è già venuta meno) [...] In tutti questi casi [quelli menzionati nella nota] si possono giudicare con competenza i termini dei problemi, solo se si è rispettivamente un biologo, un fisico nucleare o un genetista. Le persone prive di queste specifiche qualità prenderanno posizione su basi "irrazionali", quali sono l'appartenenza ideologica, a un partito, la fascinazione di chi è maggiormente persuasivo in televisione, la simpatia per un politico. Platone avrebbe definito questo sistema, che oggi potremmo chiamare telecrazia, in termini di retorica o sofistica*». E chi sono i retori e i sofisti per Platone? «*Coloro che ottengono il consenso non con argomenti razionali, non insegnando come vanno le cose, non distribuendo competenza, non argomentando le loro tesi, ma sulla base della mozione degli affetti, della sofisticazione dei paralogismi, dell'appello all'autorità, della persuasione emotiva. Secondo Platone, costoro devono essere espulsi dalla città perché non può nascere un sistema democratico finché ci sono tali mistificatori del linguaggio e del consenso*». A chi obietta che Platone era tutto fuorché un democratico è facile rispondere in almeno due modi: cercare di screditare un'opinione mettendo in questione la qualità di chi la enuncia è meschino e del tutto inutile. Chi imbroglia le carte è un imbroglione e merita proprio il trattamento che Platone riserva ai falsari della comunicazione.

112.

Per l'analisi delle modalità di formazione del consenso, e dunque organizzare opinioni tramite la propaganda applicata alla politica, si possono utilmente consultare gli ormai classici della materia W. Lippman, *Public Opinion*, Macmillan, New York, 1922, trad. it. *L'opinione pubblica*, Donzelli, Roma, 2018; E.L. Barnays, *Crystallizing Public Opinion*, Liveright Publishing Corporation, New York, 1923; E.L. Barnays, *Propaganda*, Liveright Publishing Corporation, New York, 1928, trad. it. *Propaganda. Della manipolazione dell'opinione pubblica in democrazia*, Lupetti, Milano, 2008; J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen*

- Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, Berlin, 1962, trad. it. *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Bari, 1971; Price (V.), *Public Opinion (Communication Concepts)*, Sage Publications, Inc, Thousand Oaks, 1992, trad. it. *L'opinione pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2004; G. Gilder, *Life after Television*, Norton, New York, 1992, trad. it. *La vita dopo la televisione*, Castelvecchi, Roma, 1997. Ciò che davvero deve far riflettere è che i precipitati delle riflessioni degli autori citati sono confluite nelle modalità di attuazione della propaganda politica di Joseph Goebbels. Sulla questione, G. Magi, *Goebbels. 11 tattiche di manipolazione occulta*, PianoB, Prato, 2021.
- Un riferimento a parte va fatto al geniale G. Le Bon, *Psychologie des Foules*, Alcan, Paris, 1895, trad. it. *La psicologia delle folle*, TEA, Milano, 2004, ampiamente conosciuto da Lippman e Barnays, ma stranamente dimenticato in Italia.
113. G. Sartori, *Democrazia. Cos'è?*, op cit, pagg. 72 e ss..
114. “Pubblico” ha qui un duplice significato: “pubblico” in quanto contrapposto a “privato”, e qui i due termini dell'accoppiata contrappongono la sfera entro il quale ciascuna delle due aggettivazioni qualifica il proprio oggetto; “pubblico” in quanto riferito alla cosa pubblica, e allora l'aggettivazione è l'argomento interessato dall'opinione. Sulla plurivocità di “pubblico” riferito all'opinare per tutti si veda J. Habermas, op. cit., pag. 4, ma anche pagg.225 e ss.
115. In questo senso, G. Sartori, *Homo videns. Televisione e post-pensiero*, Laterza, Bari, 1997, pag. 44, il quale evidenzia con lucidità che con l'avvento della televisione le modalità di etero-formazione delle opinioni sono state notevolmente amplificate, in ragione della primazia dell'immagine sulla parola: «*finché prevale la comunicazione linguistica, i processi di formazione dell'opinione non avvengono direttamente dall'alto al basso; avvengono “a cascata”, o meglio come in una successione di cascate interrotte da vasche nelle quali le opinioni si rimescolano. Inoltre alla cascata si affiancano e contrappongono ribollimenti dal basso, e anche resistenze e vischiosità di varia natura. Ma la forza travolgente dell'immagine rompe il sistema di riequilibramenti e di retroazioni multiple che ha progressivamente istituito, nel corso di circa due secoli, gli stati di opinione diffusi che vengono identificati, dal settecento in poi, dalla dizione “pubblica opinione”. La televisione è dirimpente perché scavalca i cosiddetti leader intermedi di opinione, e perché spazza via la molteplicità di “autorità cognitive”, che variamente stabiliscono, per ciascuno di noi, a chi credere, chi sia fededegno e chi no. Con la televisione l'autorità è nella visione stessa, è l'autorità dell'immagine.*».
116. G. Sartori, *Homo videns. Televisione e post-pensiero*, Laterza, Bari, 1997, pag. 45.
117. G. Sartori, ult.op.cit, 46: «*alla democrazia rappresentativa basta, per funzionare, che esista una opinione pubblica che sia davvero del pubblico. Ma è sempre meno così, dato che la*

videocrazia sta fabbricando una opinione massicciamente etero-diretta che in apparenza rinforza, ma in sostanza svuota, la democrazia come governo di opinione. Perché la televisione si esibisce come portavoce di una pubblica opinione che è in realtà l'eco di ritorno della propria voce».

118. Quando sono particolarmente consolidate le opinioni trapassano in credenze. Le due evenienze non devono essere confuse. Le credenze sono il fondamento del carattere delle popolazioni e sono definite dalla loro stabilità e quindi dalla rarefatta propensione al mutamento. Sovente le credenze sono ciò intorno a cui sono organizzati i gruppi, le popolazioni e le società, definendone l'identità.
119. Talvolta capita di imbattersi nella tesi per la quale la televisione è strumento di democrazia, perché dà ai suoi utenti quel che essi vogliono, a prescindere dai contenuti del prodotto somministrato. A questo proposito, è utilissimo fare riferimento alla critica spietata contenuta nel *pamphlet* di K.R. Popper, *Una patente per fare tv*, in G. Bosetti (ed.), *Cattiva maestra televisione*, Marsilio, Venezia, 2002, pag. 72.
120. Economia e finanza agiscono nell'ambiente della tecnica, con la conseguenza che le relative scelte sono scelte tecniche, nelle quali l'unico paradigma ammesso è la massimizzazione del conseguimento dello scopo con il minor dispendio di mezzi possibile.
121. Il modello delle cinque vasche è stato elaborato da K. Deutsch, *The Analysis of International Relations*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1968, pagg. 101 e ss., trad. it. *Le relazioni internazionali*, Il Mulino, Bologna, 1970.
122. Il modello non interseca né è intersecato dalla maggior diffusione della cultura nel popolo: la cultura non crea competenze settoriali, ma dà solo l'illusione di configurarle. La verità è che le opinioni continuano a essere formate su base retorica e in generale irrazionale e raramente su nozioni e conoscenze precise e argomentabili. Su tutti ciò, B. Berelson(ed.), *Voting: A Study of Opinion Formation in a Presidential Campaign*, Chicago university press, Chigcago, 1954, pag. 311.
123. In questo senso, espressamente Sartori, *Democrazia. Cos'è?*, op cit. pag. 86.
124. Queste considerazioni si rinvergono nella pregevolissima opera di A. Barbano, *Troppi diritti*, Mondadori, Milano, 2018, pagg. 30 e ss.
125. Barbano (A.), op. cit, *passim*.
126. Qui risuonano le parole di G. Orwell, op. cit. pag. 41 proprio a proposito di cosa la democrazia sia e cosa "democrazia" significhi: «*nel caso di democrazia, non solo non esiste*

una definizione condivisa, ma il tentativo di trovarne una viene avversato da tutti i fronti. È quasi universalmente universalmente riconosciuto che intendiamo elogiare una nazione definendola democratica; di conseguenza, i difensori di qualunque regime sostengono che il loro è una democrazia, e temono di essere costretti a rinunciare a quella parola se venisse inchiodata a un qualche significato. Parole simili sono spesso usate in modo consapevolmente disonesto: la persona che le usa ha la propria definizione privata, ma permette a che ascolta di pensare che intenda qualcosa di molto diverso».

127.

Si vedano le considerazioni sviluppate nel penultimo paragrafo del lavoro e la bibliografia richiamata.

128.

Il fenomeno è sotto gli occhi di tutti, ma non preoccupa abbastanza e rafforza il convincimento che il tema della formazione dell'opinione pubblica sia il problema baricentrico di ogni democrazia, al punto da essere l'indicatore più significativo del relativo tasso di democraticità. Il quale non è certo garantito quando gli *opinion leader* appartengono a schieramenti differenti: le sciocchezze fuoriescono tutte dal medesimo calderone, e non fa differenza chi le propala.

129.

Di distopia si rinviene un utile assaggio nel noto romanzo di A. Huxley, *Brave new World*, Chatto e Windus, Londra, 1932, trad. it. *Il mondo nuovo*, Mondadori, Milano, 2007, rispetto al quale *1984* di Orwell (G.) appare, sia pure con tutta la sua drammatica attualità, un mero canovaccio anticipatorio di ben altro. Tutti i concetti in questione sono stati anticipati da Corrado Alvaro, *L'uomo è forte*, Bompiani, Milano, 1938.

130.

I greci parlavano di tempo in almeno quattro modi: “*kronos*”, “*kairos*”, “*aiòn*” e “*scopos*”. Il cristianesimo ha aggiunto la nozione di *eschaton* e dunque di tempo escatologico. Il primo è il tempo misurato per succedersi di intervalli regolari e uniformi, ossia ciò che Aristotele come “*una proprietà del movimento secondo il prima e il poi*”; il secondo è il tempo nel quale assumere la scelta migliore di cui discetta Platone ne *Le leggi*; il terzo allude alla vita come durata, nelle intermittenze e anacronie dell'esistenza personale; il quarto è il tempo dell'immediato, che poi è il tempo della tecnica. Il tempo escatologico è quello dell'ultimo giorno, ignoto ai greci per i quali la storia aveva andamento circolare e non rettilineo e progressivo, concezione introdotta dal cristianesimo, per il quale il tempo è il luogo della redenzione propedeutica alla salvezza nell'accezione introdotta da Agostino di Ippona. È quanto meno curioso notare che il tempo scopico e il tempo escatologico si escludono a vicenda e che la progressiva affermazione della primazia del primo sul secondo preordina quest'ultimo al tramonto, trascinando con sé tutti i sistemi nei quali esso troneggia, primi fra tutti i sistemi religiosi.

131.

È invero quanto meno curioso che la filosofia che innerva la cultura dell'occidente abbia posto al proprio centro il concetto di verità epistemica, sovrastante e quindi non soggetta a

flessione e che nella civiltà odierna essa sia tramontata e oltrepassata a vantaggio di concetti più deboli, che fanno dell'interpretazione un comodo surrogato della realtà entro una prospettiva nichilista che è diventata il baricentro attorno al quale sono organizzate le società della contemporaneità.

132.

La parabola entro cui è iscritto il tramonto dell'occidente ha in O. Spengler, *Der Untergang des Abendlandes. Umriss einer Morphologie der Weltgeschichte*, Verlag C. H. Beck, Monaco, 1923, trad it. *Il tramonto dell'occidente*, Longanesi, Milano, 2008. La parabola è completata dall'interessante saggio di U. Galimberti, *Il tramonto dell'occidente*, Feltrinelli, Milano, 2005, *passim*. Per un riferimento alla letteratura, per tutti, R. Musil, *Der Mann ohne Eigenschaften*, trad it. *L'uomo senza qualità*, Einaudi, Torino, 1972. Sul c.d. "sottosuolo" attorno al quale ruota la società della contemporaneità, si veda l'interessantissima investigazione di E. Severino, *Il nulla e la poesia. Alla fine dell'età della tecnica: Leopardi*, Rizzoli, Milano, 1990, il quale colloca nel sottosuolo del pensiero dell'occidente autori quali Leopardi, Musil, von Hofmannsthal e Dostoevskij.

La legge pandemia belga e la HERA europea: legalità ed efficienza nell'emergenza Covid

Giancarlo Vilella

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-2-5

Il contributo evidenzia due diversi approcci nella risposta all'emergenza pandemica. L'A. si concentra sulla "Legge Pandemia" adottata dal Belgio per garantire un quadro legale organico all'interno del quale collocare le azioni amministrative di contrasto alla pandemia. Successivamente, invece, analizza la creazione di una nuova autorità amministrativa nell'ambito dell'Unione europea.

Belgian pandemic law and European HERA: legality and efficiency in the Covid emergency

This contribution analyses two different approaches in responding to the pandemic emergency. The author focuses on the 'Pandemic Law' adopted by Belgium to ensure a comprehensive legal framework for administrative action against the pandemic. He then analyses the creation of a new administrative authority within the European Union.

1. Introduzione

L'emergenza Covid-19 ha messo in luce l'importanza di trovare il punto di equilibrio tra ruolo della scienza nel precisare la situazione di pericolo, il ruolo della politica nell'assumere le decisioni, e il ruolo dell'amministrazione come responsabile della gestione delle decisioni^[1]. Gli interventi pubblici in periodo di emergenza sanitaria (Covid) sono stati messi spesso in dubbio

- sovente sul piano della loro legalità
- talvolta sul piano della loro efficienza.

In questo contributo si prendono in esame due «soluzioni» adottate per questi due problemi:

- la «legge pandemia» del Belgio
- una nuova autorità amministrativa (HERA) per l'Unione europea.

2. La “Legge Pandemia” del Belgio

Quando nei media, nelle comunicazioni politiche, nei seminari accademici si usa la parola “Bruxelles” (come soggetto, oppure preceduta da una preposizione) s'intende l'Unione Europea, o più in generale (benché erroneamente) l'Europa, allo stesso modo in cui in Italia si usa “Palazzo Chigi” per Governo, “Quirinale” per Presidente, oppure negli USA “Casa Bianca” per Presidente americano, e così via di seguito per Matignon, Moncloa, Downing Street, Cremlino eccetera. Ci si dimentica che Bruxelles (dove io vivo da oltre trent'anni) è una città particolarmente interessante^[2] capitale del Belgio, un paese la cui Costituzione del 1831 fu un punto di riferimento per tanti Stati del continente, inclusa la nascita Italia. Eppure, è difficile trovare un saggio, un commento, un'analisi che abbiano come oggetto esperienze di questo paese, anche quando sono particolarmente importanti: ebbene, questa volta m'incarico io di mettere al centro dell'attenzione un'importante esperienza belga, che non esito a definire “faro”, nella speranza di suscitare delle ricerche più approfondite^[3]. Si tratta dell'adozione della cosiddetta “Legge Pandemia” adottata nell'agosto 2021, con la quale il Belgio è stato il primo (forse l'unico) Paese che ha avuto come principale preoccupazione quella di costruire un quadro legale chiaro e garante della democrazia in situazione di emergenza sanitaria.

Infatti, come per gli attentati terroristici così gli interventi per contrastare il Covid incidono su un aspetto fondamentale della nostra democrazia: l'equilibrio (fragile) tra libertà e sicurezza. In genere, il rafforzamento della sicurezza si fa a detrimento della libertà, anzi delle libertà (al plurale): anche se le misure sono adottate con la specificazione che saranno limitate nel tempo, è lecito temere che questa “temporaneità” possa essere in verità molto lunga e anche che potrebbe essere irreversibile. Inoltre, con le nuove tecnologie il rischio più grande si trova nella capacità di raccogliere a fini di sicurezza o di tutela della salute i dati

personali delle persone, ormai possibile su larga scala (nei due sensi, dei dati raccolti e delle persone coinvolte): il che contrasta con il diritto fondamentale della tutela della privacy, dell'intimità, della confidenzialità. In linea generale i due referenti che dovrebbero impedire una deviazione dai giusti principi sono, da un lato, la decisione del Parlamento su quello che è possibile fare, perché questo implica un dibattito pubblico e trasparente; e, dall'altro lato, che ci sia un'autorità indipendente che controlli l'effettiva applicazione delle decisioni, perché questo evita che tutto il potere sia concentrato nelle mani dell'esecutivo. Fin quando lo Stato agisce nella legalità, in base alla legge, non c'è la percezione del pericolo di deriva autoritaria.

È per questo che gli interventi pubblici in periodo di emergenza sanitaria (Covid) sono stati messi spesso in dubbio sul piano della loro legalità. Il Belgio è il primo paese a dotarsi di una legge organica per far fronte, in futuro, a situazioni come quella vissuta col Covid-19 e evitare una conflittualità giuridica permanente (o latente). Molte sono state, in questo paese, le occasioni d'intervento sul piano giuridico e più precisamente giurisdizionale. Qualche esempio. Il tribunale di Liegi ha dichiarato illegale il copri-fuoco "allargato" rispetto a quello nazionale adottato nelle province della Regione vallone. Il tribunale di Bruxelles ha giudicato illegale la chiusura dei ristoranti e le sanzioni penali previste: il giudice riteneva il ministro dell'Interno non abilitato a prendere tali misure. In appello il giudice ha ritenuto che le basi legali fossero sufficienti, ma che necessitavano di una verifica sulla loro costituzionalità. Il giudice del tribunale di Namur ha invece dichiarato illegale l'utilizzazione del Covid Safe Ticket (insomma, il Green Pass) e la sua obbligatorietà, da un punto di vista della protezione dei dati. E così via.

Tutto questo ha accelerato la spinta verso l'adozione di una legge quadro per situazioni come quella del Covid, ma ci è voluto un po' di tempo, parecchi mesi: la necessità di avere un dibattito politico ampio e trasparente in sede parlamentare e la necessità di avere un parere chiaro e preciso del Consiglio di Stato, che è intervenuto ben quattro volte, erano le ragioni della relativa lungaggine.

Alla fine la legge è stata adottata il 14 agosto 2021 e pubblicata il 20 agosto^[4]: in sostanza la legge prevede che il Governo federale può adottare misure di "polizia amministrativa" in caso di situazione di urgenza epidemica. Con questa espressione si intende una minaccia grave, esistente o potenziale, dovuta alla presenza di un agente infettivo nell'uomo:

CERIDAP

- che colpisce o può colpire un grande numero di persone nel paese incidendo gravemente sulla loro salute
- che ha come conseguenza un grave sovraccarico nel settore dei servizi alla salute, che devono essere rafforzati e sostenuti
- che richiede la distribuzione massiva di medicine e altri dispositivi medici di protezione individuale
- che implica la necessità di far intervenire e coordinare specialisti competenti
- e che è riconosciuta come situazione d'emergenza a livello internazionale (OMS) o di Unione europea.

A me pare che questa definizione dettagliata e soprattutto precisa abbia un grandissimo pregio, quello di stabilire esattamente in quali circostanze ci si possa considerare in emergenza, non lasciando quindi grande discrezionalità all'esecutivo nel decidere di dichiarare lo stato di emergenza.

Le misure di “polizia amministrativa” dice la legge devono essere:

- necessarie
- adeguate
- proporzionate all'obiettivo
- e adottate con decreto deliberato dal Consiglio dei ministri.

Anche in questo caso io vedo un grande pregio della normativa nel limitare il potere di azione: nel definirle necessarie, adeguate e proporzionate all'obiettivo la legge impone una valutazione attenta prima dell'azione e, d'altro lato, offre i parametri per giudicare senza grande discrezionalità sul piano giurisdizionale.

Queste misure possono essere di condizionamento, o limitazione, o chiusura, o divieto di attività produttive, luoghi di accesso pubblico, vendita di beni e servizi, assembramenti, spostamenti, modalità di lavoro ecc.

Anche le autorità locali possono adottare delle misure “rafforzate” rispetto a quelle nazionali, previa concertazione a livello federale (salvo urgenza). Si può anche arrivare a requisire le persone, ma è necessario un decreto nazionale che lo autorizzi.

La “legge pandemia” ha carattere repressivo: delle ammende o condanne penali possono essere impartite secondo la gravità della situazione, tuttavia le condanne

saranno eliminate dal casellario giudiziale dopo tre anni.

La legge è stata adottata per dare una solida base sia giuridica sia organizzativa in situazioni simili a quella che stiamo vivendo ormai da più di due anni^[6].

La HERA (Health Emergency Preparedness and Response Authority) dell'Unione europea.

Anche l'UE ha messo in opera un dispositivo destinato a preparare l'Europa per affrontare le prossime pandemie, la HERA^[6]: tassello strategico nel progetto di una "Europa della Salute" (esistono già l'EMA, medicine, e l'ECDC, prevenzione e controllo delle malattie). Ma a differenza della legge quadro belga, qui si tratta di una soluzione all'interno dell'amministrazione, una soluzione di tipo operativo finalizzata a rendere più "efficaci e efficienti" gli interventi dell'Unione.

La nuova struttura si basa su due pilastri:

- la prevenzione, che mira a rendere l'UE in grado di prevenire, individuare e contrastare nuove crisi sanitarie: valutazione della situazione, modelli di previsione, sostegno alla ricerca, scambio di dati e informazioni, orientamento dell'industria del settore
- l'urgenza, che mira ad assicurare lo sviluppo, l'approvvigionamento, lo stoccaggio e la distribuzione dei trattamenti sanitari necessari: decisioni rapide, attivazione immediata dei fondi per l'urgenza, negoziazione per l'acquisizione di medicinali e materiali.

Amministrativamente è una struttura interna della Commissione, che lavorerà in contatto con le agenzie specializzate, le imprese e i partners internazionali. Il Consiglio di HERA è composto da rappresentanti della Commissione e da rappresentanti degli Stati Membri. Il PE è solo osservatore, cosa che ha fatto insorgere critiche sulla mancanza di un controllo parlamentare più serrato, incluso sui finanziamenti che ammontano a 6 miliardi di euro su sei anni. La "governance" globale include: il Consiglio, il Network e l'Advisory Forum, più un Consiglio di Crisi se la pandemia è in corso.

Il principio di precauzione

Ecco cosa hanno in comune le due risposte di Belgio e UE appena descritte:

- la volontà di porre una chiara base legale
- la volontà di preparare l'amministrazione
- la volontà di agire con precauzione.

Ed infatti il principio di precauzione è uno dei fattori chiave nella lettura dell'intervento pubblico in (questo) periodo di emergenza¹⁷¹. Tale principio si caratterizza per la sua flessibilità, che però contiene un rischio di friabilità, quindi è necessario riportarlo a unità pur nella molteplicità degli elementi. Il principio di precauzione richiede l'adozione della prudenza e della prevenzione. Il principio di precauzione significa la capacità di anticipazione dei rischi, che devono essere oggettivi e concreti (non supposti). Ciò richiede:

- la valutazione da parte degli esperti
- la valutazione da parte dei decisori

in entrambi i casi c'è bisogno di considerare l'incertezza che esiste. Esempi della nostra epoca sono la Protezione dell'ambiente, la Protezione della salute pubblica, lo Sviluppo sostenibile.

Quanto alla valutazione di carattere scientifico è necessario:

- per gli esperti: una chiara separazione tra esperti e decisori, la loro interazione può mettere in gioco la validità dell'azione. La separazione dev'essere sia funzionale sia istituzionale
- per gli esperti: chiara indipendenza, inclusa la trasparenza nella dichiarazione di interessi e nel finanziamento delle loro attività
- per l'expertise: trasparenza nel processo di analisi.

Quanto alla presa in conto della valutazione scientifica è necessario

- per l'obbligo di diligenza: esame dell'expertise
- per l'obbligo di motivazione: considerazione degli elementi scientifici

- per la proporzionalità: valutazione di condizioni e impatto
- e ovviamente il bilancio costi e benefici.

Secondo Alessandra Donati^[8], nella gestione del Covid-19 c'è stata cattiva e tardiva applicazione del principio di precauzione, nonostante sia il principio evocato per prendere le misure restrittive adottate dalle autorità: dopo i segnali chiari della situazione in Cina, si è piuttosto atteso che il virus circolasse prima di prendere delle misure e cercare di anticipare, cosicché mancanze di mascherine e di materiali per il settore sanitario, difficoltà nei test hanno caratterizzato la prima parte della prima ondata. Ma anche nella seconda ondata (ottobre 2020) ci sono stati ritardi dovuti alla speranza che con l'estate il virus si ritirasse. Insomma, la precauzione come anticipazione non sarebbe stata un grande successo e ha così portato all'urgenza.

Il ruolo della “Scienza” tra politica e amministrazione

Sulla base di tutti gli elementi offerti nei paragrafi precedenti (Legge Pandemia belga, HERA, principio di precauzione) qualche riflessione s'impone sul ruolo degli esperti e della scienza in generale. È vero che il Covid-19 ha moltiplicato per mille la necessità di collaborazione fra esperti e politici, collaborazione che c'è sempre stata ma in tono moderato, mentre in questo caso è emersa come essenziale e permanente, qualcuno sostiene “forzata”. Ciò ha creato tensioni e accuse reciproche di non comprensione. Dopo due anni di misure duramente restrittive, come mai sono state prese dopo la seconda guerra mondiale, il politico considera che il modello del confinamento non regge più, la gente riduce progressivamente il rispetto delle regole restrittive e alimenta il proprio sconcerto o sconforto, con l'effetto di ridurre la fiducia verso le istituzioni. Credo in realtà che abbiamo assistito ad un fenomeno di grande disponibilità da parte dei cittadini ad accogliere le (dure) misure adottate dal pubblico potere; ma questa disponibilità evolve con l'evolvere della situazione e il passare del tempo, anch'esso fattore determinante. Il politico decide sulla base dei suoi valori, della congiuntura, della sua posizione politica, ma anche delle conseguenze psicologiche, economiche, sociali, senza contare l'attenzione all'elettorato, e così via.

Questo ragionamento però porta al rischio di dividere i politici, che si dichiarano

più flessibili, dagli esperti, che sono definiti rigidi: alla fine si scarica su questi ultimi la responsabilità di scelte cui si oppongono le categorie sociali interessate. Le cose si complicano nella comunicazione: purtroppo abbiamo assistito e assistiamo a una grande confusione nella comunicazione, sia attraverso i media tradizionali sia attraverso le nuove tecnologie, con un accavallarsi di messaggi sia da parte degli esperti sia da parte dei politici, che crea (ha creato) grandissimo disorientamento. Questo aspetto determina conflittualità e incomprensione nella relazione tra esperti e politici.

Gli esperti sostengono, da parte loro, che i dati sono quelli che sono, che il loro ruolo è di comunicarli ai politici e ai cittadini, anche se non piacciono. Il ruolo dello scienziato, dell'esperto, nel chiarire al politico gli aspetti tecnici di un dossier, sulla base delle conoscenze recenti è un fatto accertato e accettato. Il problema sorge quando l'esperto si sostituisce al politico nella decisione: la storia mostra che questa confusione è estremamente deleteria^[9]. Ormai sono molti i settori dove il politico ha bisogno dell'esperto, dello scienziato per avere gli elementi necessari a una decisione: per esempio ricorso all'energia nucleare, inquinamento, cambiamento climatico, ecc.

È ben vero che il ricorso alla scienza non può essere un dogma, uno "scientismo", anche perché il carattere della scienza è il dubbio e la ricerca. Eppure, il politico si ritrova a far ricorso alla scienza per uscire dall'imbarazzo in cui si trova nel non sapere cosa fare, impantanato davanti a un nemico sconosciuto. Oppure fa ricorso alla scienza per approfittarne e rinforzare le sue capacità di controllo sugli individui, quella che Michel Foucault chiamava la "biopolitica": per alcuni è quello che accade in emergenza Covid^[10].

Il grande scienziato Axel Kahn ci ha ricordato che la "Scienza" non è mai stata il Bene in sé: se Socrate affermava che la Verità della Scienza portava al Progresso e al Bene, Protagora sosteneva che il Bene si può raggiungere solo con un insegnamento di ordine morale^[11]. Sebbene abbiamo certo bisogno della Scienza, questa non può essere senza la giustizia, l'attenzione per il prossimo, la prudenza. La Scienza non conduce necessariamente al Bene, anzi può condurre al Male. Secondo alcuni osservatori siamo in presenza di un incremento della diffidenza e anche della sfiducia nei confronti della Scienza^[12]: è un fenomeno che comincia già con la Seconda Guerra Mondiale, quando la scienza ha messo a disposizione strumenti distruttivi, incluse le bombe atomiche lanciate sul Giappone. Oggi il

fatto che i prodotti della scienza siano all'origine dell'inquinamento e del riscaldamento climatico, ha rafforzato l'atteggiamento negativo: ci si chiede se lo scienziato che sviluppa nuove tecnologie per un'impresa che le commercializza lavora per l'interesse pubblico o per gli azionisti dell'impresa? O ancora se lo scienziato che mette a punto armi distruttive molto sofisticate, lavora per un gruppo industriale o per uno Stato, se fa l'interesse dell'umanità? Tuttavia, ci ricorda ancora Kahn, la Scienza trova spesso le soluzioni per risolvere grossi problemi, come quelli derivanti dalla pandemia Covid-19.

La Scienza evolve con una rapidità prodigiosa, molto più rapidamente delle mentalità, dei modi di vedere le cose, o più in generale della saggezza che invece evolve molto lentamente. Su tale gap evolutivo si discute molto. La scienziata (“molto mediatizzata”, parole sue) Ilaria Capua ha messo in luce la mancanza di saggezza nella società sostenendo⁽¹³⁾ che è “surreale” che le soluzioni salvifiche contro la pandemia, che pure ci sono, siano ignorate o rifiutate da cento milioni di europei: questo mostra, secondo la scienziata, che nel futuro tutte le soluzioni vanno cercate in una stretta collaborazione delle scienze naturali e biomediche con le scienze sociali, cioè c'è bisogno di una più ampia permeabilità delle discipline umanistiche in generale. La pandemia Covid ha infatti dimostrato che la complessità dei problemi creati dalla pandemia richiede un approccio multidisciplinare: se c'è un rifiuto delle soluzioni scientifiche, quelle soluzioni non funzionano.

La stessa preoccupazione sulla mancanza di saggezza emerge in altre forme, come nel caso del film *Don't Look Up*⁽¹⁴⁾, che denuncia il fatto che la scienza, gli scienziati sono inascoltati anche di fronte a minacce globali distruttive per il nostro pianeta, a causa della combinazione degli interessi fra affari e politica, che sollecitano creduloni e complottismi. Il film parla di una cometa in rotta di collisione con la Terra, ma è un'allegoria sulla crisi ambientale: il punto essenziale del film è che l'opinione pubblica è distratta dalla verità, gli scienziati avvisano dei rischi ma non li ascoltiamo. L'ispirazione cinematografica viene dagli scienziati ambientali che cercano di comunicare l'urgenza dell'argomento, ma sono relegati tra le notizie meno importanti.

Qualche riflessione conclusiva (o piuttosto di passaggio)^[15]

Cosa possiamo trarre dall'analisi fin qui proposta? A me pare che ci siano spunti per una riflessione non occasionale ma piuttosto di prospettiva: più che concludere mi pare che si possa imboccare il sentiero di un lungo cammino per contribuire a fare tesoro dell'esperienza Covid in maniera solida e nel lungo periodo. Forse, anche per alimentare quella saggezza di cui c'è bisogno e che probabilmente è il giusto miscuglio di adattabilità e lungimiranza, basate sull'esperienza pratica.

In primo luogo bisogna costatare che la pressione dell'emergenza non impedisce alla società e ai destinatari delle misure pubbliche di essere reattivi: nelle nostre democrazie liberali il perno del sistema è l'individuo con i suoi diritti, non lo Stato che invece ha dei poteri ben definiti e limitati di fronte all'individuo e questo si fa sentire. Nei (fin qui) oltre due anni di pandemia non sono mancate le critiche all'azione dei pubblici poteri, sia sul piano giuridico per via giurisdizionale, sia sul piano dell'attuazione. Come si è visto, ci sono state due risposte interessanti, dal Belgio e dalla UE, ai problemi sollevati sul piano della legalità e sul piano dell'efficacia degli interventi: una legge quadro e un'autorità amministrativa. A me pare che siano due casi di benchmark cui altri soggetti possono riferirsi, anzi direi che i due esempi dovrebbero essere fusi in un unico approccio contestuale che agisca su regole e amministrazione.

In secondo luogo mi pare che si dovrebbe porre una più grande attenzione al principio di precauzione nella definizione dell'azione dei pubblici poteri, politico o amministrativo che sia: forse, infatti, si tratta di un principio molto valorizzato sul piano teorico, ma molto meno sul piano pratico. Il livello di precauzione che c'è stato e, con esso, il livello di proporzionalità delle misure adottate meriterebbero, secondo me, un'analisi approfondita ex-post al fine di migliorare il futuro: nessun intento polemico o aprioristico dovrebbe caratterizzare una siffatta analisi perfettamente tecnica.

In terzo luogo, mi pare che il fenomeno della presenza degli esperti nella gestione della cosa pubblica sia emerso in maniera eclatante: un loro ruolo è sempre esistito, ma ora appare chiaro che il peso è molto superiore che nel passato. E non solo in situazioni di emergenza pandemica, ma anche in politiche fondamentali come l'inquinamento, il clima, lo sviluppo sostenibile, l'energia e altro ancora.

Appare chiaro che molti sono i nodi da sciogliere su questo aspetto: diffidenza e fiducia verso la scienza, la chiara definizione del soggetto decisore, i conflitti nella comunicazione, la manipolazione.

Infine, per quanto riguarda il ruolo dei decisori, mi pare che emerga senza dubbio che la responsabilità della decisione sul da farsi ricade interamente sul livello politico che deve agire in maniera trasparente. Il livello politico deve però: a) adottare un atteggiamento cauto ma lungimirante; b) tener conto degli input degli esperti; c) attrezzarsi adeguatamente per l'attuazione delle decisioni. Ed è proprio su quest'ultimo punto che mi pare opportuno chiudere la presente riflessione: la gestione dell'attuazione appartiene all'amministrazione pubblica che offre i suoi servizi ai cittadini, ma offre i suoi servizi anche ai decisori nella preparazione delle decisioni da adottare. Quello che la "gestione" dell'emergenza Covid ha chiaramente messo in luce è che all'amministrazione pubblica si chiede qualcosa in più della tradizionale attività attuativa: - valutare, filtrare, adattare le informazioni (della scienza) e proporre (alla politica) un equilibrio sulla base delle necessità; - applicare le imposizioni, motivare le decisioni, favorire la fiducia, costruire la resilienza; - garantire il funzionamento della macchina democratica in tutti i suoi aspetti. In tale contesto l'adattabilità (non solo la flessibilità) dell'organizzazione amministrativa è la chiave di volta dell'intera costruzione.

1. Si tratta, come è evidente, di una triangolazione che si ispira a Max Weber, cui ho fatto un riferimento più approfondito nei miei lavori G. Vilella, *The European Parliament Administration facing the Challenge of eDemocracy*, p. 103 ss. (2021) e *Being Europeans in Times of Covid*, p. 23 ss. (2022), entrambi editi da European Press Academic Publishing, Florence. Tuttavia sul tema qui affrontato si può andare ben al di là del mio approccio weberiano, ed è quello che fa riferendosi ad altri grandi pensatori M. Ramajoli, *La gestione dell'emergenza pandemica tra Schmitt e Kelsen*, in *CERIDAP*, n. 2, 2021, p. 99.
2. Sui caratteri "eccezionali" di Bruxelles vedi G. Vilella, *Aurora. Una geografia umanista*, Pendragon, Bologna, 2021, pag. 189-190.
3. In verità, di recente (febbraio 2022) il Belgio ha sorpreso tutti con un'altra azione, che è la firma di un accordo tra governo e parti sociali per l'instaurazione della settimana lavorativa di quattro giorni: anche in questo caso il Belgio, pur in una difficile situazione di crisi sanitaria, ha deciso di uscire dalla buia situazione del lavoro con un salto di qualità in avanti del tutto inaspettato, cui nessuno più pensava in Europa. Spero di tornare a breve sul tema.
4. Loi relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique, Moniteur belge, Legislation, 20 Août 2021.

5. Questo articolo non ha finalità comparative, tuttavia vale la pena ricordare che ovviamente l'Italia ha agito nel rispetto della legalità, ma non sulla base di una legge quadro organica: in Italia si è innanzitutto fatto ricorso agli strumenti già a disposizione (come per esempio, ma non solo, il D.Lgs. 2 gennaio 2018 n. 1 sulla Protezione Civile o il D. Lgs. N. 112 del 1998 in materia sanitaria) poi si è fatto ricorso all'emanazione di decreti legge (fra i più importanti, ma non i soli, il n. 6 e il n. 10 del 2020): bisogna dire che la Corte Costituzionale italiana è stata determinante nel legittimare l'azione statale. Ma non si è sentito il bisogno di lavorare su una legge quadro.
6. COMMISSION DECISION of 16.9.2021 establishing the Health Emergency Preparedness and Response Authority, Brussels, 16.9.2021 C(2021) 6712 final.
7. Il paragrafo che segue è interamente ispirato dall'ottimo lavoro di A. Donati, *Le Principe de Précaution en Droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2021.
8. A. Donati, *Le Principe de Précaution* etc., ult. cit.
9. H. Deleersijder, *Les grandes épidémies dans l'Histoire*, Mardaga, 2021.
10. B. Feltz, *La science et le vivant. Philosophie des sciences et modernité*, De Boeck/Albin Michel, Paris, 2014.
11. A. Kahn, *Et le bien dans tout ça?*, Stock, Paris, 2021.
12. Sugli effetti di tale diffidenza, siano essi semplici rischi o invece effetti voluti da qualcuno, vedi L. Del Corona, *Distrust in science as a threat to scientific freedom. Some considerations in light of CoVid-19 emergency*, in CERIDAP, n. 2, 2021, p.1.
13. Sul Corriere della Sera del 8 dicembre 2021. Tuttavia è importante leggere il suo libro I. Capua, *Il dopo*, Mondadori, Milano, 2020.
14. USA, 2021, Regia: Adam McKay
15. Il tema di questo articolo ha occupato una grande parte del Laboratorio da me diretto presso l'Università degli Studi di Milano, dal 4 al 8 aprile 2022 inclusi, il cui titolo era "Amministrazione e gestione dell'emergenza". Per quanto inusuale, voglio qui ringraziare sia gli ospiti che hanno animato numerosi dibattiti (N. Pasini, M.E. Borrelli, M. Fratter, S. D'Ancona, G. Babini, P. Sabbatucci) sia gli studenti partecipanti, che hanno arricchito il dibattito con i loro interventi e le loro presentazioni (C. Bellanca, A. El Makhour, A. Marchetti, F. Ancona, M. Olivieri, A. Parisi, L. Parodi, M. Quadraruopolo, M. Lazzeri, A. Piselli, M. Pasti, S. D'Elia, P. Pique, G. Calà Lesina, F. Neli Kotupilagoda Loku, V. Assero). Infatti, grazie ai risultati del laboratorio ho potuto successivamente aggiustare alcuni passaggi dell'articolo e ricalibrarlo tutto.

Il Piano triennale dei fabbisogni di personale nella prospettiva del «diligente amministratore pubblico»

Stefano Villamena

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-2-83

Il Piano triennale dei fabbisogni di personale, come ora previsto dall'art. 6 TUPI, è uno strumento finalizzato «a rilevare le esigenze dell'amministrazione». Esso presuppone una mappatura delle funzioni dell'ente e richiede di essere redatto in coerenza con il piano delle performance, così come attualmente previsto dal diritto positivo. La pianificazione non deve però costituire un ostacolo al buon andamento dell'amministrazione, il quale richiede un annuale aggiornamento, che recepisca le esigenze sopravvenute, e il rispetto dei principi che il giudice contabile, cui spetta il sindacato su tale tipologia di atti, contribuisce ad enucleare, perché la loro redazione e attuazione non risultino arbitrarie e non ledano gli interessi della collettività.

The Three-Year Staff Needs Plan in the perspective of the "diligent public administrator"

The three-year Staff Needs Plan, as now provided for in Article 6 TUPI, is a tool aimed at 'identifying the needs of public administration'. It presupposes a mapping of administrative functions and requires consistency with the Performance Plan, as currently provided for in positive law. The three-year Staff Needs Plan must not, however, constitute an obstacle to good performance of public administration. Such good performance requires annual updating and compliance with the principles set by the Court of auditors. That Court has the duty to review so that its implementation is not arbitrary and does not harm the interests of the community.

1. La nuova veste del Piano triennale dei fabbisogni

Le amministrazioni pubbliche adottano il Piano triennale dei fabbisogni del personale con l'intento di «*ottimizzare*» le risorse e «*perseguire obiettivi di performance organizzativa, efficienza, economicità e qualità dei servizi ai cittadini*»^[1].

Quella indicata sembra essere la regola che meglio rappresenta l'*obiettivo* posto dalla riforma Madia del 2017 in tema di fabbisogni del personale. È in questo passaggio infatti che si rinviene l'esigenza basilare di valorizzare le risorse disponibili (sia umane che finanziarie) in direzione dell'innalzamento della qualità dei servizi.

Si tratta evidentemente di un obiettivo ambizioso, che si collega intimamente al tema generale dell'*organizzazione amministrativa* e, nel caso di specie, a quella previsione di apertura del Testo unico sul pubblico impiego del 2001 secondo cui l'organizzazione, ossia la disciplina inerente agli «*uffici*» e ai «*rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni*», come recita l'art. 1 del medesimo Testo unico, è indirizzata ad «*accrescere l'efficienza delle amministrazioni*», «*razionalizzare il costo del lavoro*» e, non da ultimo, «*realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni*»^[2]. La stretta correlazione fra gli elementi indicati sopra indicati è di tale evidenza che forse non richiedeva nemmeno di essere specificata.

Nel merito, l'approvazione del Piano triennale dei fabbisogni di personale, oggetto di questo lavoro, è rimessa al vertice politico dell'ente cui si riferisce, ma sarebbe illogico immaginare che lo stesso non muova dalla componente amministrativa, dunque dalla dirigenza o da chi ricopre responsabilità operative all'interno di ciascun ente.

A supportare questo profilo milita non solo lo stretto legame fra ottimizzazione delle risorse disponibili e obiettivi di miglioramento della *performance* cui si è già accennato, bensì anche più specifiche previsioni contenute nel medesimo Testo unico fra cui prioritariamente quella racchiusa all'art. 17 che stabilisce, proprio al fine della elaborazione del piano, la necessaria partecipazione della componente dirigenziale al fine della «*individuazione delle risorse e dei profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio*»^[3].

Non è un caso, allora, che il tratto forse più significativo della fattispecie

contemplata all'art. 6 TUI (Testo unico sul pubblico impiego) sia stato quello - almeno a parere di chi scrive - di aver collegato la pianificazione dei fabbisogni di personale alla *performance* amministrativa. Da questo punto di osservazione il contributo della componente dirigenziale diventa indispensabile anche per indicare le possibili disfunzioni negli uffici cui sono preposti.

Dunque, oltre ad immaginare i profili professionali necessari al migliore svolgimento possibile dei servizi attribuiti al singolo ufficio, servirà fare il punto sulle problematiche più ricorrenti all'interno degli uffici medesimi al fine di superarle. A tal proposito un aspetto certamente non secondario in direzione della corretta e adeguata predisposizione del Piano triennale dei fabbisogni sarà costituito dalla c.d. "mappatura" delle attività di competenza del singolo ente, riguardante la mole di competenze attribuite istituzionalmente a ciascun ufficio. Superata questa prima fase si potranno infatti verificare più adeguatamente i profili professionali necessari allo svolgimento delle relative attività. Probabilmente è per questa ragione che, con riguardo a nuove figure e competenze professionali, nell'art. 6 TUI si fa specifico riferimento alla verifica di «*fabbisogni prioritari o emergenti*»^[4].

All'esito di questa *mappatura* potrebbe emergere che taluni compiti non rientrano più nella sfera di attribuzione di quell'ufficio - o addirittura di quell'ente - ovvero che nuovi compiti gli sono stati assegnati e che questi richiedono innovative professionalità.

Del resto potrebbe anche accadere che in determinati ambiti sia possibile effettuare miglioramenti tecnologici fondati sul progresso della tecnica. A tal riguardo risulta emblematica la recente legge sulla c.d. concretezza^[5] che, proprio in merito alla scelta dei profili professionali, fornisce dettagli rilevanti in materia di elaborazione del piano dei fabbisogni in esame. Più in particolare, all'art. 3, dopo aver affermato l'esigenza di «*ricambio generazionale*» in seno alle pubbliche amministrazioni, vengono posti due obiettivi basilari alla pianificazione dei fabbisogni costituiti rispettivamente dalla «*digitalizzazione e semplificazione dei processi*» e dalla «*capacità di gestione dei fondi strutturali*»^[6].

Nella predisposizione del Piano dei fabbisogni rilevano anche le specifiche *Linee di indirizzo* in tema approvate nel 2018 in cui si parla di definizione, a livello di singola, amministrazione dei «*fabbisogni prioritari o emergenti*». In tal senso, con formula non priva di enfasi si allude alla individuazione di «*vere*

professionalità infungibili», non legando pertanto le scelte su logiche di mera sostituzione, bensì su «nuove professioni e relative competenze professionali» da coniugare con la necessità di «rendere più efficiente e al passo con i tempi l'organizzazione del lavoro e le modalità anche di offerta dei servizi al cittadino attraverso, ad esempio, le nuove tecnologie».

Sul piano dei *costi*, infine, va rilevato quanto indicato da una recente dottrina, secondo cui nel piano triennale dei fabbisogni di personale vanno distinte, anno per anno, le risorse sulla base della «*spesa per il personale in servizio a tempo indeterminato*», dei «*costi futuri da sostenere per il personale assegnato in mobilità temporanea in uscita per valutare gli effetti in caso di rientro*», delle «*tipologie di lavoro flessibile*», dei risparmi derivanti «*da cessazione di rapporti di lavoro*», «*delle facoltà assunzionali previste a legislazione vigente*», della «*assunzione di categorie protette*» e «*delle procedure di mobilità*»^[7].

Questa operazione condurrà al risultato di un fabbisogno di personale superiore alla dotazione di personale in servizio, ma ciò non sorprende più di tanto poiché, pur sempre entro limiti finanziari determinati, il Piano dei fabbisogni stabilirà priorità assunzionali.

All'esito della verifica degli aspetti organizzativi sopra indicati – in caso contrario si consideri che si assisterebbe molto probabilmente allo scollamento fra *organico* e *funzioni* effettivamente svolte all'interno dell'ente^[8] – si potrà predisporre il Piano dei fabbisogni con maggiore aderenza alla disciplina positiva. Naturalmente quanto indicato rileva anche per i relativi aggiornamenti annuali del relativo Piano.

Dopo la *mappatura* delle funzioni (che sembra in fondo riprendere la suggestiva intuizione dottrinale contenuta nel famoso saggio di M.S. Giannini: «*In principio sono le funzioni*»^[9]) nella redazione del Piano, proprio in ragione delle funzioni da svolgere, si dovranno valutare: l'accorpamento o divisione degli uffici; l'utilizzo di sistemi telematici per lo svolgimento di alcuni servizi; la stipula di accordi con altre amministrazioni per lo svolgimento di attività di interesse comune; l'opportunità di esternalizzare taluni servizi ma «*a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione*»^[10]; e, ancora, l'utilizzo di processi di mobilità del personale (non solo esterna ma anche interna); le progressioni (verticali e orizzontali del personale), nonché gli esuberi di personale.

In questo quadro, la dotazione organica, pur sempre prevista anche dall'art. 6

TUPI, rappresenta essenzialmente un valore finanziario di spesa potenziale massima a cui si giunge attraverso calcoli legati al bilancio ed alle normative nazionali che si sono succedute nel tempo (si pensi al c.d. *turn over* o al tema dei c.d. resti assunzionali).

Sotto il limite massimo fissato dalla dotazione organica le amministrazioni pubbliche potranno procedere annualmente alla rimodulazione quantitativa e qualitativa della propria consistenza di personale. Si assiste qui ad una nuova sequenza procedurale, nel senso che l'adozione del Piano dei fabbisogni precede temporalmente la rideterminazione della dotazione organica. Dunque è quest'ultima che si deve adeguare al programma dei fabbisogni di personale e non il contrario^[11].

A conferma di ciò, lo stesso art. 6, comma 3 TUPI afferma: «*In sede di definizione del piano*», «*ciascuna amministrazione indica la consistenza della dotazione organica e la sua eventuale rimodulazione in base ai fabbisogni programmati*». Ciò naturalmente nell'ambito dei limiti finanziari fissati dalla legge (fra cui quello rappresentato dalla «neutralità finanziaria della rimodulazione»).

Appare evidente, a questo punto, come la nuova disciplina offra un maggiore grado di flessibilità all'ente cui si rivolge, senza trascurare però che il parametro essenziale per la verifica della legittimità del Piano dei fabbisogni di personale resta quello della rigorosa osservanza del miglioramento dei servizi non soltanto con riguardo al già menzionato adattamento alle esigenze degli utenti, ma anche al fine di adeguare l'organizzazione interna della singola amministrazione alle rapide - e talvolta imprevedibili - modifiche normative imposte *dall'alto*: si pensi al *turn over*, alle mobilità e stabilizzazioni, così come, non da ultimo, alla c.d. quota 100 che ha portato, come noto, a repentini pensionamenti non programmabili.

Trova conferma il dato in base a cui la più adeguata applicazione della riforma del 2017 richiede «output e rilevamenti impegnativi», «*una visione delle funzioni amministrative davvero scientificamente orientata all'efficienza e all'efficacia*», l'armonizzazione - in definitiva - fra «*i fili di tre cardini operativi: competenze e professionalità del personale; responsabilità della dirigenza; incentivi selettivi e meritocratici*»^[12].

2. Intimo legame tra fabbisogni di personale e *performance* amministrativa

Un profilo forse un pò trascurato negli approfondimenti dedicati al tema, nonostante questo sia direttamente esplicitato dall'art. 6 TUPI, riguarda il già menzionato collegamento fra *Piano dei fabbisogni di personale* e *Piano della performance*. E in effetti, dopo aver ricordato al primo comma la fondamentale regola secondo cui «*Le amministrazioni pubbliche definiscono l'organizzazione degli uffici (...) in conformità al piano triennale dei fabbisogni*», al comma successivo si stabilisce che il medesimo piano è adottato «*in coerenza*» con la pianificazione della *performance*.

Vien fatto di pensare che il collegamento indicato risulta quasi scontato alla luce dello stretto legame fra obiettivi di *performance* da un lato e programmazione dei fabbisogni di personale dall'altro^[13]. Basti pensare, ad esempio, agli obiettivi di *performance* indicati nel Piano come altrettante indicazioni sul miglioramento di talune attività o servizi utili a fondare anche particolari professionalità da individuarsi nel Piano dei fabbisogni.

Ulteriore elemento che collega i due atti pianificatori indicati è poi individuabile nelle relative conseguenze che possono prodursi allorché si dovesse contravvenire alla normativa che li disciplina: infatti, nell'uno e nell'altro caso si determinerebbe il divieto di assumere personale.

Si tratta del resto di atti pianificatori accomunati anche dal fatto di essere sindacabili in sede giurisdizionale ed il cui giudice naturale sembra essere quello contabile, dovendosi valutare nel caso della pianificazione delle *performance* la corretta gestione di risorse pubbliche in direzione dell'incentivazione dei dipendenti con premi di risultato, mentre in quello della pianificazione dei fabbisogni il rispetto dei limiti finanziari delle scelte assunzionali.

In entrambi i casi oggetto della valutazione del giudice contabile è l'illiceità della condotta tenuta in termini di dannosità per il pubblico erario^[14]. Da ciò si comprende che l'illegittimità dei relativi atti può rappresentare un sintomo della condotta illecita, ma senza giungere ad integrarne di per sé la sussistenza. Quest'ultima infatti può essere integrata anche in presenza di provvedimenti amministrativi conformi al paradigma normativo che risultano però privi di funzionalità applicativa, poiché inutilmente dispendiosi e per questa via

pregiudizievoli dell'ordinata e sana gestione finanziaria.

Le pronunce della Corte dei conti sul punto contribuiscono a offrire il quadro dei *principi* e delle *regole* che dinamicamente governano il fenomeno. Così, come naturale effetto di quanto rassegnato, si afferma la necessità di una «preventiva assegnazione degli obiettivi da effettuarsi nel piano delle *performance*», vietando la «*distribuzione indifferenziata, o sulla base di automatismi, di incentivi e premi collegati alla performance in assenza delle opportune verifiche e attestazioni*»^[15].

Il giudice contabile ha poi più volte stigmatizzato anche la pratica relativa all'assegnazione di obiettivi con effetti retroattivi definendola come «*assolutamente improponibile*»^[16]. Non solo.

Anche in merito al profilo centrale dei controlli, in diverse pronunce il giudice contabile ha proceduto alla condanna risarcitoria dei membri degli OIV/Nucleo di valutazione a causa della relativa omissione^[17].

Da ultimo si è arrivati al punto che, al fine di limitare le proprie responsabilità, organi politici di vertice di un'amministrazione incolpati di danno erariale per l'erogazione di incentivi non dovuti, abbiano chiamato in causa gli organi deputati ai controlli denunciandone le relative carenze^[18].

Insomma, l'attività della Corte dei conti in tema rende assai sensibili e reattivi soggetti che prima non lo erano, ciò per la semplice ragione che prima si era sostanzialmente insensibili - a tutti i livelli - a questo pur rilevante tema in grado di interessare sia aspetti contabili che profili legati all'efficienza delle P.A.

Tale scenario caratterizzato da conflittualità interna allorché scatti in concreto una verifica giurisdizionale ben potrebbe interessare anche il caso della *cattiva* pianificazione dei fabbisogni.

Proprio con riguardo a quest'ultima ipotesi, in un recente caso il giudice contabile ha provveduto a condannare al risarcimento danni l'organo politico a causa della cattiva gestione della programmazione dei fabbisogni^[19]. In tal caso - merita evidenziarlo - si arriva alla verifica giurisdizionale delle scelte organizzative compiute dall'ente. Scelte, queste, che sono generalmente sottratte al sindacato giurisdizionale a meno che non risultino manifestamente irragionevoli o foriere di danni erariali pressoché certi.

Più in particolare, al collegio contabile si imponeva il delicato compito di verificare se sussistevano ragioni giustificative - sotto forma di «*lacune organizzative*» o «*vuoti di organico*» - in grado di consentire, «*in chiave di*

auspicata “buona amministrazione”», le scelte effettuate dall’organo politico che sarebbe state poi oggetto di contestazione contabile.

Ebbene, l’assenza di tali presupposti ha integrato quello che lo stesso giudice contabile definisce una *«inescusabile violazione dei principi di buon andamento della P.A. di cui all’art. 97 Cost.»*, poiché la relativa scelta sarebbe stata attuata *«in assenza di reali fabbisogni discendenti da carenze organizzative»*.

Del resto, a suggellare quanto indicato, il medesimo giudice ricorda che la vigente normativa di contenimento e razionalizzazione in materia di assunzioni impone al *«diligente amministratore pubblico maggiore e più accorta prudenza nella gestione della relativa spesa»*.

3. Il contributo del giudice contabile in tema: principio di «inutilità duplicativa» e regole che in positivo governano il fenomeno della pianificazione dei fabbisogni

Riguardo alle regole-base estrapolate dal giudizio contabile in materia di pianificazione dei fabbisogni di personale, rileva anzitutto la questione del mantenimento d’incarichi all’interno di una P.A. nonostante *«l’acclarata coesistenza di idonee professionalità»* e dunque *«affrancato dal doveroso rispetto delle regole di sana e razionale gestione delle risorse amministrative»*.

Di queste pregiudizievoli conseguenze finanziarie derivanti dalla correlata spesa retributiva non possono che rispondere – sempre ad avviso del giudice contabile – *«coloro che, in qualità di Amministratori, di tale scelta si resero responsabili»* (ossia il vertice politico dell’ente).

Il medesimo giudice conia sul punto l’emblematico principio dell’*«inutilità duplicativa»*. Esso si verifica allorché funzioni e compiti che ben potevano essere svolti da unità di personale già presenti nella pianta organica siano svolti senza una ragionevole giustificazione - e per questa via per l’appunto “duplicati” - attraverso l’assegnazione a più soggetti.

Dunque - dice il giudice - è anche nell’immotivata istituzione di un settore deputato all’espletamento di funzioni *«tanto ridondanti nella “declaratoria” quanto pletoriche e di scarsa o dubbia incisività nella sostanza»*, ossia senza una reale connotazione e concretezza, che si verifica la prova della sostanziale *«ultroneità” e inutilità»* dei compiti oggetto dei nuovi incarichi^[20].

Accertata (nei termini indicati) la responsabilità degli amministratori si provvede poi alla condanna risarcitoria degli stessi in favore dell'ente a causa delle somme liquidate a titolo di retribuzione.

Ma questo è solo un primo saggio dell'evidente interesse del giudice contabile in materia di fabbisogni del personale, ove non mancano per altro incursioni anche da parte del giudice penale attraverso il delitto di abuso d'ufficio^[21].

Occorre dunque concentrarsi in questo ambito sulle numerose pronunce in sede di controllo contabile. Fra le diverse, una che merita certamente di essere evidenziata perché offre un quadro molto articolato delle regole di principio fissate progressivamente dal medesimo giudice in materia di pianificazione dei fabbisogni è la delibera n. 67 del 12 agosto 2021 della Sezione di controllo della Basilicata.

In questa pronuncia è sottoposto a scrutinio di legittimità contabile il bilancio di un ente pubblico (azienda ospedaliera) in cui si riscontravano diverse «criticità». Per quanto qui più interessa queste criticità riguardavano proprio il rapporto fra assunzioni effettuate e rispetto della relativa pianificazione del fabbisogno di personale.

In tal senso quando il giudice contabile ha posto la sua attenzione sulla «*spesa per il personale*»^[22] ha effettuato una serie di rilievi chiedendo conto all'azienda ospedaliera e in particolare: sulle «*ragioni del costante incremento della spesa del lavoro flessibile, in considerazione dell'evidente controtendenza con gli obiettivi nazionali orientati al contenimento del fenomeno del precariato nella pubblica amministrazione (D.Lgs. n. 75 del 2017)*».

Ma è stato soprattutto il mancato rispetto della pianificazione triennale dei fabbisogni il profilo su cui si è più concentrato il controllo. Il *punctum dolens* era rappresentato esattamente dall'assunzione di personale al di fuori di tale pianificazione. Ciò nel senso che prima si è provveduto ad assumere e poi si è proceduto ad aggiornare il Piano.

Questa operazione, all'insegna di una sorta di sanatoria postuma, viene opportunamente stigmatizzata dall'organo di controllo interno dell'ente, ossia dal collegio sindacale di revisione contabile, che nella relazione al bilancio aveva rilevato «*l'avvio di procedure di reclutamento del personale in assenza della relativa posizione nel piano dei fabbisogni e il rinvio dell'inclusione della posizione non coperta al momento della rimodulazione del piano*».

Ai rilievi del giudice contabile sul punto, l'ente pubblico risponde imputando «*la grave criticità a cause imprevedibili*», fra cui la principale «*una serie di cessazioni del rapporto di lavoro non programmabili a priori "quali ad esempio cessazione per decesso, per dimissioni, per aspettativa, per pensionamento per la c.d. Quota100"*»; sicché «*di fatto quindi le cessazioni effettive sono sempre più numerose rispetto a quelle programmate*». Ma non solo. Lo stesso ente dichiara di provvedere volta per volta a indicare nei relativi atti del procedimento di assunzione che l'assunzione in questione «*non è stata prevista nel piano*», ma, di contro, che «*trova la sua ratio nella cessazione non prevista né prevedibile di personale di pari qualifica e profilo*».

A questo punto – e nonostante le deboli repliche dell'ente – il giudice contabile coglie l'occasione per fissare una serie di regole che vanno ben oltre il caso di specie e che rappresentano (almeno a parere di chi scrive) una prima importante sintesi in materia.

Una prima regola è quella costituita dall'assoluta eccezionalità di assunzioni al di fuori della pianificazione dei fabbisogni. Non a caso nella motivazione del relativo provvedimento servirà fornire prova sia degli effettivi «*risparmi di spesa*» sia della «*necessità non differibile di procedere all'assunzione*». In caso contrario, l'avvio di procedimenti assunzionali in via d'urgenza, con relativa rimodulazione/aggiornamento *ex post* della posizione non prevista nel Piano dei fabbisogni verrà considerata priva di motivazione, come tale sindacabile in sede giurisdizionale.

Non si trascuri, del resto, che l'art. 35 TUIPI stabilisce al comma 4 che «*le determinazioni relative all'avvio di procedure di reclutamento sono adottate da ciascuna amministrazione o ente sulla base del piano triennale dei fabbisogni*», ragion per cui è del tutto evidente che la pianificazione debba precedere l'assunzione a pena di illegittimità anche foriera di illecito contabile.

Successivamente il medesimo giudice contabile rileva che la pianificazione triennale dei fabbisogni rappresenta «*uno strumento di programmazione fondamentale per individuare le esigenze di personale*»^[23].

Lo stesso Piano deve inoltre risultare «*coerente con la pianificazione pluriennale delle attività e delle performance*», nonché con le «*linee di indirizzo*», aggiungendo poi - a conferma di quanto indicato sopra relativamente allo stretto rapporto tra programmazione dei fabbisogni di personale e *performance* - che

proprio a questa stregua è stato «*disegnato un sistema sinergico tra la programmazione dei fabbisogni di personale, la performance dell'amministrazione e la pianificazione pluriennale delle attività volto a responsabilizzare gli enti in fase di programmazione, a garantire i limiti massimi finanziari e la neutralità finanziaria in occasione della rimodulazione*^[24]».

Quanto al rapporto fra tradizionale concetto di «*pianta organica*» e nuova dotazione di spesa potenziale (i.e. dotazione organica) si rileva sul punto che il nuovo strumento pianificatorio è inserito in «*un sistema caratterizzato da flessibilità*», che ha determinato «*il superamento del vecchio concetto della pianta organica introducendo così quello di "dotazione" di spesa potenziale*», ossia «*la spesa potenziale massima sostenibile e non valicabile imposta come vincolo esterno dalla legge*^[25]. Da ciò consegue che le amministrazioni possono «*definire e aggiornare la dotazione organica in base ai fabbisogni garantendo la neutralità finanziaria della rimodulazione*», ma questa valutazione - precisa la stessa Corte - va compiuta per le politiche assunzionali «*ex ante rispetto alla decisione di procedere al reclutamento di personale*»^[26]. Ragion per cui «*il Piano è il presupposto indispensabile dell'attività assunzionale (...) non il contrario*»^[27].

Dunque, la pianificazione triennale del fabbisogno di personale, come ora prevista dall'art. 6 TUIPI, costituisce uno strumento finalizzato «*a rilevare le esigenze dell'amministrazione*», si sviluppa in prospettiva triennale, ma deve essere adottato annualmente anche come verifica delle mutate esigenze della medesima amministrazione e, proprio la sua «*flessibilità*», ammette di apportare modifiche «*motivate in corso d'anno per far fronte a situazioni nuove e non prevedibili*»^[28].

Il giudice contabile ricorda infine che il mancato rispetto delle suddette prescrizioni determina «*effetti sanzionatori*» (concernenti il divieto di assunzione) nonché, «*involgendo norme imperative*», ricadute «*in termini di responsabilità erariale e disciplinare*»^[29].

Si tratta - in conclusione - di un quadro di regole assai articolato che rileva *in positivo* in direzione della corretta redazione della pianificazione triennale dei fabbisogni di personale cui ciascuna amministrazione dovrà comunque fare riferimento.

1. Così art. 6, comma 2 TUIPI (d.lgs. n. 165/2001). Sul tema, prima della riforma del 2017,

- vedi, fra gli altri: L. Tamassia, *Organizzazione, programmazione dei fabbisogni e mobilità*, in M. Tiraboschi - F. Verbaro (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2010, pagg. 348 ss.
2. Art. 1, comma 1 TUPI.
 3. Art. 17, comma 1, lett. *d-bis* TUPI. Molto critico riguardo alla mancata previsione di uno specifico ruolo dei dirigenti nel menzionato art. 6 TUPI, M. Esposito, *Sisifo unchained? La pianificazione delle risorse umane nel lavoro pubblico: antiche questioni (irrisolte) e nomenclature "di seconda mano"*, in *Lav. nelle P.A.*, 2018, 3, pagg. 70-71.
 4. In particolare all'art. 6-ter, comma 1.
 5. L. n. 56/2019, «Interventi per la concretezza delle azioni delle pubbliche amministrazioni e la prevenzione dell'assenteismo».
 6. Vedi in particolare art. 3 legge cit., rubricato «Misure per accelerare le assunzioni mirate e il ricambio generazionale nella pubblica amministrazione». In tema, B. G. Mattarella, *La concretezza dell'amministrazione e quella della legge*, in *Giornale dir. amm.*, 2019, 6, pagg. 714 e ss.
 7. Così, M. D'Onghia, *Il fabbisogno del personale pubblico e le politiche di reclutamento tra nuove sfide e riduzione dei costi*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2018, pag. 441. Della stessa autrice vedi utilmente: Id., *La centralità della pianificazione dei fabbisogni e del sistema di reclutamento per una pubblica amministrazione efficiente*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 1, 2020, pag. 75 e ss.
 8. Così, M. P. Monaco, *Fabbisogno di personale e dotazione organica: i nuovi scenari della c.d. Riforma Madia*, cit., pag. 140.
 9. Saggio di M.S. Giannini (pubblicato su *Amm. civ.*, 1, 1957, pag. 11 e ss.) in cui si parlava soprattutto delle carenze organizzative del nostro assetto statale organizzato su base regionale. In un passaggio del lavoro indicato è però possibile cogliere un'osservazione avente portata generale, allorchè si dice in particolare che «La riforma burocratica, che è stata fatta mediante numerose leggi delegate, è stata concepita in termini puramente astratti: come se gli uffici da riordinare non dovessero curare funzioni amministrative determinate, e soprattutto come se non si dovessero previamente definire queste prima di provvedere a quelli » (p. 14).
 10. Come affermato dallo stesso art. 6 TUPI.
 11. Così, M. P. Monaco, *Fabbisogno di personale e dotazione organica: i nuovi scenari della c.d. Riforma Madia*, in *Dir. mercato del lav.*, 2019, pag. 142. La medesima dottrina rileva anche come lo strumento della programmazione dei fabbisogni sia subalterno a quello della dotazione organica nella precedente disciplina, ante riforma Madia 2017. In senso conforme, fra gli altri, M. Esposito, *Sisifo unchained? la pianificazione delle risorse umane nel lavoro pubblico: antiche questioni (irrisolte) e nomenclature "di seconda mano"*, cit., pag. 76.
 12. Così M. Esposito, *Sisifo unchained? la pianificazione delle risorse umane nel lavoro pubblico: antiche questioni (irrisolte) e nomenclature "di seconda mano"*, cit., pag. 80.
 13. Su cui vedi E. D'Alterio, *Il lungo cammino della valutazione nelle pubbliche*

- amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, p. 572 e A. Boscati, *La valutazione della dirigenza alla prova della «Riforma Madia»*, in *Dir. merc. lav.*, 2018, pagg. 25 ss.
14. Sul tema generale vedi G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017 e Id., *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Enc. dir.*, Milano, Annali, X, 2017, pagg. 756 e ss.
 15. Fra le altre, Corte conti, Sez. Lombardia, 21 settembre 2015, n. 297. E, in senso analogo, Corte conti, Sez. Liguria, 8 ottobre 2015, n. 69 e Id., 30 luglio 2015, n. 57
 16. Corte conti, Sez. Lombardia, 8 novembre 2017, n. 314 e Cassazione, Sez. Lavoro, 3 luglio 2018, n. 17371.
 17. Vedi Corte dei conti, Sez. Lazio, 5 maggio 2014, n. 403 e Corte dei conti, Sez. Sicilia, 19 aprile 2018, n. 355. Come noto, ciascuna amministrazione ha l'obbligo di istituire tali organi. Occorre inoltre evidenziare che i membri dell'OIV – che assume generalmente forma collegiale – sono individuati attraverso una «procedura selettiva pubblica», cui potranno fare domanda di partecipazione esclusivamente quanti fanno parte di una lista di abilitati iscritti ad un «Elenco nazionale». Dell'OIV non potranno comunque far parte i dipendenti dell'amministrazione soggetta a valutazione. Gli elementi ricordati giovano a comprendere il peso delle rilevazioni dell'OIV caratterizzate, rispetto a quando la loro funzione era svolta dai Nuclei di valutazione di nomina prevalentemente politica, da una garanzia di maggiore indipendenza e qualità della loro azione. In merito alla sua peculiare attività di rilevazione, il combinato disposto degli artt. 6 e 14 del d.lgs. n. 150/2009, come modificati dalla riforma Madia, prevede che l'OIV verifichi «l'andamento delle performance rispetto agli obiettivi programmati durante il periodo di riferimento», segnalando la «necessità o l'opportunità di interventi correttivi in corso di esercizio all'organo di indirizzo politico-amministrativo», comunicando «tempestivamente le criticità riscontrate ai competenti organi interni di governo ed amministrazione». I rilievi dell'OIV potranno inoltre rappresentare presupposto per la mancata assegnazione degli incentivi, così come per le valutazioni negative sull'assegnazione degli incarichi e/o sulla progressione della carriera, nei confronti dei funzionari responsabili.
 18. Corte conti, Sez. Molise, 11 luglio 2019, n. 22.
 19. Corte conti, Sez. Basilicata, 20 maggio 2019, n. 21.
 20. Il Settore I° sopra indicato si componeva «dello staff del Sindaco, coordinamento Settori II, III e IV, funzioni e servizi associati, relazioni interistituzionali, relazioni esterne, attivazione programmi complessi, pianificazione e sviluppo, cittadinanza europea, internazionalizzazione, sistemi informatici, relazioni sindacali, valutazione del personale e formazione delle risorse umane, controlli interni e controllo di gestione, articolazione organizzativa, programmi speciali e bandi europei, nazionali e regionali, servizi sociali e assistenziali, servizi sanitari delegati, albo digitale, trasparenza amministrativa e sport».
 21. Sul punto si consentito rinviare al mio recente saggio in tema: S. Villamena, *La riforma dell'abuso d'ufficio: fra attività interpretativa, attività discrezionale e autovincoli amministrativi*, in *Dir. soc.*, 2021, pagg. 695 e ss.
 22. In particolare punto 3.3.2 della pronuncia menzionata.

CERIDAP

23. Richiamando sul punto anche i precedenti costituiti da: Corte conti Sez. contr. Campania Delib. n. 140 del 2018/PAR e Abruzzo Sez. contr. Delib. n. 225 del 2020/PAR.
24. Richiamando sul punto Corte conti sez. Autonomie, Delib. n. 17 del 2019.
25. Richiamando sul punto: Corte conti Sezione contr. Puglia Delib. n. 111 del 2018/PAR e n. 141/2018/PAR e Sezione contr. Veneto Delib. n. 548 del 2018/PAR.
26. Richiamando sul punto Corte conti Sez. contr. Basilicata n. 38/2020/PAR.
27. Richiamando sul punto Corte conti Sez. contr. Marche n. 11/2019/PAR e Sez. contr. Lombardia n. 74/2020/PAR.
28. Richiamando sul punto Corte conti Sez. contr. Veneto n. 548/2018/PAR.
29. Richiamando sul punto Corte conti n. 147/2016/PRSP.

Brevi riflessioni sul codice civile e la pubblica amministrazione

Vincenzo Franceschelli e Vittorio Italia

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-2-93

Il Codice Civile Italiano si è caratterizzato, sino dal testo originario del 1865, ed anche nel testo normativo emanato nel 1942, e tuttora vigente, per una durata e resistenza nel tempo: lo scritto analizza in primo luogo le ragioni che stanno a fondamento di questa permanenza temporale. Alla stessa maniera, e sempre lungo il corso del tempo, si sono evidenziati forti legami tra le norme contenute nel Codice Civile, e la loro applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni: anche questi legami sono trattati nello scritto, sia con riguardo a specifici ambiti di organizzazione delle amministrazioni pubbliche, sia in merito ai principi generali, di matrice civilistica, che trovano odierna applicazione all'interno della attività amministrativa.

Brief thoughts on the civil code and public administration

The Italian Civil Code has been characterised, ever since the original text dated 1865, and also in the legislative act issued in 1942, and still in force today, by its durability and resistance over time: first of all the paper analyses the reasons underlying this temporal permanence. In the same way, and also over the course of time, strong connections have been highlighted between the rules contained in the Civil Code, and their application with regard to public administrations: these connections are also discussed in the paper, both with regard to specific areas of the organisation of public administrations, and with regard to the general principles, deriving from civil law, that are applied today within administrative activity.

1. La “resistenza” del Codice Civile del 1942

Una prima riflessione è la seguente⁽¹⁾: come mai, dopo la caduta del fascismo, il

Codice Civile del 1942 non è mai stato cambiato, abrogato e sostituito da un altro Codice?

In termini strettamente diacronici, Il Codice Civile potrebbe infatti essere paragonato ad un “vecchio edificio”, frutto del precedente impianto del Codice Civile, emanato nell’anno 1865^[2]: a ciò si aggiunga che, all’interno delle “Disposizioni sulla legge in generale” (premesse al medesimo Codice Civile del 1942), nell’art. 1 – contenente la “indicazione delle fonti” – è stato abrogato l’esplicito riferimento alle “norme corporative”, e nell’art. 12 – recante i criteri di “interpretazione della legge” – la dizione “principi generali dell’ordinamento giuridico fascista”, è stata sostituita dalla espressione “principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato”.

Permane tuttavia l’interrogativo sul mancato ed integrale cambiamento del Codice Civile dopo il referendum del 1946, e dopo la Costituzione repubblicana del 1948.

Analizzando la letteratura giuridica del tempo, sia quella di diritto pubblico che di diritto privato, non è dato rilevare tesi volte ad abrogare il Codice Civile del 1942, ed a scriverne uno nuovo: l’abrogazione del Codice avrebbe peraltro comportato il ritorno al Codice Civile del 1865, al Codice di Commercio del 1882, ed il permanere della distinzione tra diritto civile e diritto commerciale, superata dall’unificazione del diritto privato.

Nel merito, il Codice del 1942 era un codice moderno, alla cui redazione avevano partecipato insigni Giuristi, e che aveva visto il coinvolgimento delle Corti d’Appello, delle Università, e degli Ordini degli Avvocati: esso rappresentava, in sostanza, la migliore espressione della cultura giuridica italiana. Restava, naturalmente, quella che al tempo veniva definita la questione della “defascistizzazione e riforma” dello stesso Codice: l’epurazione, più in particolare, toccava tre elementi, vale a dire le “leggi razziali”, l’imbarazzante figura del “Re Imperatore”, e la generalizzata impronta “fascista”, rappresentata dai continui riferimenti all’ordinamento corporativo, sparsi in più articoli dello stesso Codice. Le leggi razziali furono abrogate nel 1944; le norme che riguardavano la capacità giuridica del “Re Imperatore” furono superate dalla proclamazione della Repubblica; anche la questione delle norme corporative fu abilmente e celermente risolta, mediante il rinvio formale ai “contratti collettivi di lavoro”^[3]: la revisione riguardò oltre centotrenta articoli del Codice. Fondamentale, per il

resto, fu l'opera della Corte Costituzionale, che ebbe il compito di conformare il Codice allo spirito dei nuovi principi costituzionali.

2. Il Codice Civile del 1942 e la pubblica amministrazione

Una seconda riflessione concerne il fatto che il Codice Civile del 1942, certamente modellato sul Codice Civile del Regno d'Italia del 1865 e, tramite esso, sul Codice Civile di Napoleone del 1804, è fondato su "pilastri" politico giuridici che costituivano, e non hanno mai smesso di costituire, le durevoli fondamenta della società italiana: la proprietà, in primo luogo, la famiglia, i contratti, e l'impresa. Tra questi pilastri, con eguale forza e durata temporale, si inscrivevano sino dalla origine, e si inscrivono tuttora, anche le disposizioni normative concernenti la pubblica amministrazione.

Alla base di questa consistenza e durata temporale, risiede certamente la considerazione che il Codice Civile – sia nel 1865 che nel 1942 – ha rappresentato il paradigma della unificazione territoriale, della popolazione e delle istituzioni amministrative, dapprima del Regno d'Italia, di poi della Repubblica italiana.

A differenza che in Germania, la dottrina giuridica italiana non aprì un dibattito sulla "essenza" della codificazione: nonostante l'esempio francese, e quello regio-imperiale austriaco, la Germania non codificò il proprio sistema giuridico continuando, per quasi un secolo, a ragionare sulla "attualità" del diritto romano: furono gli anni che videro l'accendersi di un vivace dibattito scientifico sulla "codificazione", che vide come principali protagonisti Savigny e Thibaut^[4]: ad essi siamo debitori di un poderoso, e forse unico, scambio di idee sul codificare o non codificare, sui vantaggi della codificazione, sui pericoli della codificazione, sul diritto comune romano, sulla sua sopravvivenza come diritto positivo comune.

In Italia tale dibattito mancò: il Codice Civile fu percepito e vissuto come il logico proseguimento del Risorgimento, e del processo di unificazione nazionale^[5], al punto che il Guardasigilli (Giuseppe Pisanelli), al momento della emanazione del Codice del 1865, pronunciò queste parole: «*Sire, Mi reco a gloria rassegnare alla M.V. il regio decreto che ordina la pubblicazione del Codice Civile nei termini della legge del 2 aprile 1865. Il concetto della unificazione legislativa, a chi ben la consideri, appare uno dei sommi fattori della unità*

nazionale».

Mettere in discussione la codificazione, rinnegarla, avrebbe significato rinnegare il Risorgimento: un unico Codice unì, ed unisce ancora.

E d'altronde questo elemento fondante può essere riscontrato anche nella relazione sussistente, già al tempo, tra il Codice Civile e la pubblica amministrazione^[6].

Si pensi, in primo luogo, alle disposizioni normative in materia di responsabilità aquiliana (art. 2043, cod. civ.), ed alla prima costruzione di una responsabilità dello Stato come persona giuridica, per i danni da esso cagionati alle persone private^[7].

Analogamente è avvenuto per la classificazione degli atti emanati dalle pubbliche amministrazioni^[8], per la individuazione dei loro elementi essenziali (modellati sui “requisiti” del contratto, art. 1325 cod. civ.)^[9], nonché per la disciplina della loro invalidità (anch'essa configurata mediante il parallelismo con la “nullità”, art. 1418 cod. civ., e la “annullabilità”, art. 1425 e ss., cod. civ., del contratto)^[10].

Certamente paradigmatica di questa stretta relazione, originaria e costante nel tempo, tra il Codice Civile e l'organizzazione e le attività delle pubbliche amministrazioni, è infine la disciplina dei beni pubblici: la loro classificazione, tra beni demaniali e patrimoniali, ed il relativo regime giuridico (indisponibilità, diritti concessi su di essi ai privati), è infatti ancora ad oggi dettata all'interno degli art. 822 e ss., cod. civ.^[11].

3. Il diritto privato e le pubbliche amministrazioni.

Una terza e conclusiva riflessione concerne il fatto che il Codice Civile del 1942, anche dopo l'entrata in vigore e l'attuazione della Costituzione repubblicana del 1948, ha sempre costituito il baricentro dell'ordinamento giuridico italiano, nonostante la persistenza di continue oscillazioni – nel sistema delle fonti – tra la volontà di affidarsi ancora alla tecnica della codificazione, ed il prevalere di istanze volte a legiferare mediante testi normativi specifici e settoriali.

Dopo l'emanazione del Codice del 1942 è infatti iniziata, anche all'interno del diritto privato, quella che autorevole dottrina ha definito essere “l'età della decodificazione”^[12]: il risultato è stata la creazione di una vera e propria nebulosa di leggi, insieme alla emanazione di singole disposizioni normative, sovente

contenute all'interno di decreti-legge o di "leggi finanziarie", asistematiche e frammentarie.

Di creazione statale e, a fare data dalla riforma del Titolo V della Costituzione (nell'anno 2001), anche regionale, ad oggi non è dato nemmeno conoscere esattamente l'intero numero di queste fonti legislative, così come il loro esatto contenuto, in specie quando esse si avviluppano in continue e ripetute modificazioni nel tempo.

Questo fenomeno è certamente conseguenza della maggiore complessità che, dal 1942 ad oggi, ha caratterizzato, e continuerà sempre a caratterizzare, la società ed i suoi rapporti giuridici: da qui discendono almeno tre effetti, tra loro complementari.

Da un lato si è assistito alla nascita delle "specializzazioni", dei giudici e degli avvocati: si pensi, tra le tante, alla disciplina tributaria ed a quella delle acque pubbliche, ed alle giurisdizioni ad esse dedicate.

D'altro lato, ed a fianco del Codice Civile, si sono succeduti molteplici "testi unici", volti a raccogliere – con valenza ricognitiva e non innovativa – le plurime disposizioni normative volte a disciplinare una stessa materia: è così avvenuto, soltanto ad esemplificare, in tema di "fallimento" (ove il testo originario del R.D. n. 267 del 1942 ha subito nel tempo, e continua a sopportare, innumerevoli modificazioni), in materia di "proprietà industriale" (d.lgs. n. 30 del 2005), ed in tema di "consumo" (d.lgs. n. 206 del 2005). Peraltro, il fatto che questi due ultimi testi normativi rechino ancora – in epigrafe – il sostantivo "Codice", testimonia il fatto che tale denominazione conserva tuttora, immutata, un valore esemplificativo primario.

Il terzo effetto è che, dinanzi a questa congerie di disposizioni legislative affiancate al Codice Civile, spesso ad esso sovrapposte e male con esso coordinate, il ruolo di ricondurre ad unità il sistema normativo, e la sua interpretazione, è stato affidato ai "principi" e, più in particolare, alla emersione ed alla ricognizione – ad opera della dottrina e della giurisprudenza, italiane ed europee – dei "principi generali dell'ordinamento giuridico"¹³¹: tra questi, ed anche se la loro enumerazione è impedita dalla stessa evoluzione nel tempo che li caratterizza, spiccano i principi di buona fede, legittimo affidamento, proporzionalità, ed il principio della "interpretazione conforme a Costituzione".

Anche questi tre effetti, così come era avvenuto per la originaria codificazione

civilistica del 1865 e del 1942, si sono ampiamente riverberati sul rapporto tra il Codice Civile – o meglio, tra il diritto privato – ed il diritto delle pubbliche amministrazioni.

In primo luogo poiché lo stesso diritto amministrativo si è a sua volta frammentato, nel corso del tempo, in plurimi e settoriali testi normativi di riferimento: al di là della codificazione del “processo amministrativo” (d.lgs. n. 104 del 2010), la permanente assenza di un “Codice” del diritto amministrativo sostanziale (della organizzazione, e della attività, delle amministrazioni pubbliche) ha condotto alla proliferazione di molteplici testi legislativi specifici e settoriali (di regola denominati “testi unici”), che di volta in volta richiamano puntualmente le norme del diritto privato, cui essi intendono fare rinvio formale.

Così accade, ancora soltanto ad esemplificare, per la materia del “lavoro pubblico”^[14], in tema di disciplina delle “società a partecipazione pubblica” (d.lgs. n. 175 del 2016, ove la parte maggiore delle disposizioni normative in esso contenute reca deroghe, o conferme sostanziali, al diritto privato delle società)^[15], ed in materia di “contratti pubblici”^[16].

Di poi, poiché analogo osmosi ha riguardato la stessa legge fondamentale del diritto amministrativo sostanziale, vale a dire la legge n. 241 del 1990, avente ad oggetto la disciplina del procedimento amministrativo, e del diritto di accesso ai documenti.

Il testo originario di questa legge recava infatti un unico e flebile collegamento con il diritto privato: l’art. 11, dedicato agli accordi – infra-procedimentali, e conclusivi di procedimenti amministrativi – tra i privati e le pubbliche amministrazioni, stabiliva che nei confronti di tali accordi, “ove non diversamente stabilito”, ed “in quanto compatibili”, trovavano applicazione “i principi del Codice Civile in materia di obbligazioni e contratti” (comma 2)^[17].

Ben diverso è invece l’assetto che caratterizza il legame tra il diritto privato, l’organizzazione e le attività delle amministrazioni pubbliche, nel testo vigente della medesima legge n. 241 del 1990.

Mentre rimane confermato il testo normativo dell’art. 11, comma 2^[18], l’art. 1 – contenente i “principi generali dell’attività amministrativa” – si è arricchito di due nuove ed importanti relazioni con il diritto civile: in primo luogo, e per effetto della legge n. 15 del 2015 (che ha introdotto l’odierno comma 1-bis), l’attività amministrativa è consentita “secondo le norme di diritto privato” in

tutte quelle fattispecie nelle quali le pubbliche amministrazioni adottano “atti di natura non autoritativa”, e salvo che una specifica legge statale o regionale, nelle medesime fattispecie, vieti espressamente il ricorso agli istituti propri del diritto civile^[19].

Di poi, ed a seguito del recente d.l. n. 76 del 2020 (convertito nella legge n. 120 del 2016), il nuovo comma 2-bis, sempre all'interno del medesimo art. 1, dispone che i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione siano improntati ai principi, di matrice civilistica, della “collaborazione” e della “buona fede”^[20].

1. Il contributo trae origine da un “dialogo” che gli Autori hanno svolto presso l'Editore “Key”.
2. Sul tema, *amplius*, C. Ghisalbetti, *La codificazione del diritto in Italia (1865-1942)*, Laterza, Roma-Bari, 2013, in specie pp. 29 e ss. (“*L'unificazione legislativa e il codice del 1865*”), e pp. 213 e ss. (“*La formazione della nuova codificazione*”).
3. Significativo, al proposito, l'incipit di una pubblicazione edita dal Ministero di Grazia e Giustizia, nell'anno 1946, ed espressamente intitolata *Defascistizzazione e Riforma dei Codici*: “*«Si è parlato ripetutamente della opportunità, anzi, della necessità, di liberare la legislazione del periodo fascista dalle norme che ne sono espressione [...]»*».
4. Più in particolare attraverso le loro principali Opere: A.F.J. Thibaut, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, 1814, e F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1840-1849 (trad. it., *Sistema del diritto romano attuale*, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1886). In argomento G. Marini (a cura di), *La polemica sulla codificazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.
5. Sul tema, approfonditamente, P. Rescigno, *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Laterza, Roma-Bari, 2013, in specie pp. 17 e ss. (“*Il codice civile del 1942 visto dalla scienza giuridica*”).
6. Il tema era fatto oggetto anche di contributi monografici dedicati alle amministrazioni territoriali: tra questi, L.M. Giriodi, *Il Comune nel diritto civile*, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1891.
7. Il riferimento è a G. Mantellini, *Lo Stato e il codice civile*, Barbera Editore, Firenze, 1880, vol. I, in specie pp. 17 e ss. (“*Lo Stato persona e del danno dato dallo Stato*”).
8. «*Gli atti amministrativi in generale si possono distinguere in due categorie: atti amministrativi in senso stretto o meri atti amministrativi e atti amministrativi negozi giuridici*» (il corsivo è degli Autori): A. Amorth, O. Ranelletti, *Atti amministrativi*, in Nuovo Dig. It., Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1937, vol. I, p. 1093.
9. L'argomento è trattato, *ex plurimis*, in V. Italia, G. Landi, G. Potenza, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, 2002, pag. 180 e ss., ove gli “elementi essenziali dell'atto amministrativo” sono così individuati: il “soggetto”, l'“oggetto”, la “volontà”, la “causa”, il

- “contenuto”, e la “forma”.
10. «*Anche gli atti amministrativi, come i negozi giuridici privati, possono essere nulli e annullabili. Nullità è l'invalidità assoluta, quella per cui l'atto non può produrre alcuno degli effetti giuridici cui era diretto, e l'atto è privo dei suoi effetti riguardo a tutti. [...] L'annullabilità significa invece invalidità relativa ed essa ha luogo quando l'atto ha tutti gli elementi essenziali per la sua esistenza, ma questi (tutti o in parte) sono viziati*» (il corsivo è degli Autori): A. Amorth, O. Ranelletti, *Atti amministrativi*, cit., p. 1096.
 11. Sul tema rimane fondamentale l'Opera di M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Bulzoni Editore, Roma, 1963.
 12. Il riferimento è a N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999.
 13. All'interno di una letteratura, sul tema, sostanzialmente sconfinata, si richiamano la tradizionale Opera di G. Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, e la più recente trattazione di G. Levi, *L'interpretazione della legge: i principi generali dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2006.
 14. Ove già all'origine il d.lgs. n. 29 del 1993, e l'odierno art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001, dispongono che: «*i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del Capo I, Titolo II, del Libro V del Codice Civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo*». Al tema è dedicato il fascicolo 2021, 2, in *Istituzioni del Federalismo*, intitolato *La disciplina del lavoro pubblico a vent'anni dall'approvazione del d.lgs. n. 165/2001*.
 15. In argomento, *amplius*, G. Morbidelli (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2018.
 16. Ivi il vigente d.lgs. n. 50 del 2016 (art. 30, comma 8), il “Codice dei Contratti Pubblici”, conferma la suddivisione del procedimento negoziale in una prima “fase” disciplinata dalle norme del diritto amministrativo (vale a dire dalle norme contenute nel medesimo “Codice”) – e volta a disporre in tema di programmazione, progettazione, affidamento e criteri di aggiudicazione del contratto – ed in una seconda “fase”, dedicata alla stipulazione ed alla esecuzione del contratto, «*cui si applicano le disposizioni del Codice Civile*»: sul tema M. Cafagno, A. Fari, *I principi per il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 201 e ss.
 17. In argomento G. Greco, *Commento all'art. 11*, in V. Italia (coordinato da), *L'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 421 e ss.
 18. Agli «*accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*» amministrativo si applicano tuttora «*i principi del Codice Civile in materia di obbligazioni e contratti*»: *amplius*, F. Tigano, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 655 e ss.
 19. Sul tema, approfonditamente, M. Gola, *L'applicazione delle norme di diritto privato*, in M.

CERIDAP

- A. Sandulli, (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., pp. 208 e ss.
20. Su tali principi, prima ancora della recente novella legislativa, F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2001, e L. Lorenzoni, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Jovene, Napoli, 2018, in specie pp. 130 e ss. (“*I principi di buona fede e correttezza*”).

Il Tar Lecce si pronuncia sugli impianti agrivoltaici: è possibile far coesistere fonti rinnovabili e produzione agricola?

Leonardo Scuto

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-2-10

Con sentenza del 12 febbraio 2022 n. 248/2022, il Tar Puglia ha avuto modo di pronunciarsi su alcuni fondamentali aspetti legati all'impatto che un impianto agrivoltaico di nuova generazione ha sul territorio, considerandolo meno gravoso rispetto ad un tradizionale impianto fotovoltaico. Inoltre, il Giudice di prime cure ha riconosciuto l'inidoneità del Piano Paesaggistico Territoriale Regionale della Regione Puglia con riferimento a queste nuove configurazioni impiantistiche, statuendo, in definitiva, la compatibilità dell'agrivoltaico con le esigenze agricole e pastorali del territorio.

The Administrative Court of Puglia rules on agrivoltaic plants: is it possible for renewable energy and agricultural production to coexist?

With the decision n. 248/2022 of the 12th of February 2022, the Administrative Court of Puglia has ruled on aspects of the impact of a new generation of agrivoltaic plant, concluding them to be less impacting than a traditional photovoltaic plant. The Judge of first instance recognized the inadequacy of the Regional Territorial Landscape Plan of the Region of Puglia with reference to these new plant configurations, concluding agrivoltaic plants as being compatible with the agricultural and pastoral uses activities in the region.

1. Premessa^[1]

In Italia gli impianti agrivoltaici (o agrovoltaici) non hanno ancora trovato larga diffusione e, in concreto, la loro realizzazione è lungi dal potersi definire capillare

nel territorio del Paese. In attesa di una normativa che regoli queste nuove tecnologie, è utile fornire preliminarmente la definizione di massima rinvenibile nel d.l. n. 77/2021 (Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure), convertito, con modifiche, nella l. n. 108/2021 (per comodità, d.l. Semplificazioni Bis).

L'articolo 31, comma 5, del d.l. Semplificazioni Bis specifica che gli impianti in questione sono quelli che *«adottano soluzioni integrative innovative con monitoraggio dei moduli elevati da terra, anche prevedendo la rotazione dei moduli stessi, comunque in modo da non compromettere la continuità delle attività di coltivazione agricola e pastorale, anche consentendo l'applicazione di strumenti di agricoltura digitale e di precisione»*.

In altre parole, l'agrivoltaico potrebbe essere definito^[2] come un sistema integrato in cui vi è una sinergia collaborativa tra due sistemi, fotovoltaico e agricoltura, caratterizzati da un doppio uso del suolo al fine, non ultimo, di ottenere un miglioramento dal punto di vista sia energetico e che agricolo.

L'importanza di questi sistemi innovativi è sottolineata altresì dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (d'ora in avanti, PNRR)^[3] che mira a sostenere questa nuova configurazione con risorse pari a 1,1 miliardo di euro da destinare entro il 2026. L'obiettivo, senz'altro ambizioso, è quello di installare una potenza generata dagli impianti agrivoltaici di circa 1 GW. Questo target verrà rivisto al rialzo, alla luce degli obiettivi climatici previsti anche dal Green Deal europeo che, in sintesi, ambisce a fare dell'Europa il primo continente ad impatto climatico *c.d.* zero entro il 2050.

Nello stesso senso, il Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (d'ora in avanti, PNIEC)^[4] prevede di installare impianti fotovoltaici a terra per circa 35 GW entro il 2030 e annovera tra di essi anche quelli agrivoltaici.

Tra le misure di investimento, il PNRR prevede l'implementazione di sistemi ibridi di agricoltura e produzione di energia che non comportino ulteriore consumo di suolo^[5] ma, al contrario, contribuiscano alla sostenibilità ambientale ed economica delle aziende coinvolte, valorizzando, non da ultimo, il settore agricolo nel suo complesso grazie all'importante riduzione dei costi di approvvigionamento energetico e migliorando le prestazioni climatiche-ambientali.

In attesa, infine, dell'emanazione di una disciplina di dettaglio da parte del Ministero della Transizione Ecologica (d'ora in poi, MiTE)^[6] volta ad inquadrare e meglio definire gli impianti oggetto di questo contributo, si segnala un importante “*position paper*”^[7] che si pone l'intento di colmare il vuoto normativo poc'anzi descritto. Tre associazioni di settore – Elettricità Futura, Italia Solare e Anie Rinnovabili – sono partite da un concetto chiave: l'agrivoltaico è quel sistema in cui l'attività agricola ed energetica possono coesistere e risiedono nella stessa porzione di territorio, preservando la destinazione agricola del terreno medesimo.

Il documento, inoltre, si pone l'obiettivo di individuare alcuni requisiti *c.d.* mini ed incrementali volti a contraddistinguere diversi livelli di integrazione tra il settore agricolo ed energetico.

Secondo le associazioni di settore, è possibile definire agrivoltaico quell'impianto che, da un lato, è compatibile con l'attività agricola del fondo medesimo e, dall'altro, non limita eccessivamente la superficie utilizzabile ai fini agricoli.

Non da ultimo, è utile sottolineare le evidenti migliorie che questi sistemi possono apportare al suolo, in termini di efficienza nell'uso dell'acqua e delle colture stesse.

A fronte del quadro che si è delineato, tuttavia, si registra la tendenza delle Amministrazioni, saldamente ancorata alla giurisprudenza più risalente^[8], improntata sul rigido rifiuto nei confronti delle più recenti applicazioni che gli impianti agrivoltaici possono comportare.

La sentenza n. 248/2022 del Tar Lecce appare, dunque, estremamente rilevante poiché il Giudice di prime cure ha avuto modo di soffermarsi sulla non conformità del Piano Paesaggistico Territoriale Regionale della Regione Puglia (d'ora in avanti, PPTR o il Piano) rispetto alle nuove prassi applicative dettate dallo sviluppo dell'agrivoltaico nel settore energetico e agricolo. Inoltre, la sentenza in commento fornisce indicazioni fondamentali, in mancanza di un quadro legislativo univoco, per delineare le differenze tra fotovoltaico *tout court* ed agrivoltaico, ponendo l'enfasi sulle grandi potenzialità che quest'ultimo può offrire.

Essa, pertanto, si segnala come un vero e proprio “*revirement*” rispetto alla giurisprudenza che si è appena ricordata.

2. L'impostazione difensiva ed il percorso motivazionale della sentenza del Tar Lecce

Con l'atto introduttivo del giudizio il ricorrente ha chiesto l'annullamento dei provvedimenti adottati nell'ambito del procedimento autorizzativo Unico Regionale, previsto dall'art. 27-*bis* del d.lgs. n. 152/2006 e s.m.i., volti ad autorizzare la costruzione di un impianto di produzione di energia elettrica da fonte solare di una potenza complessiva pari a 6,6 MW da realizzare nei Comuni di Salice Salentino (LE) e San Pancrazio Salentino (BR). Così facendo, il ricorrente ha contestato l'eccesso di potere e l'illegittimità derivata dall'adozione, da parte delle Amministrazioni coinvolte, degli atti di diniego dell'autorizzazione medesima.

Il Giudice di prime cure, alla luce dei motivi di gravame che si avrà modo di analizzare nel prosieguo, ha reputato il ricorso fondato e, pertanto, ha deciso di accoglierlo integralmente.

2.1. Sul difetto di istruttoria e di motivazione degli atti di diniego adottati dalle Amministrazioni competenti

La prima parte della sentenza in commento si sofferma sui profili di errore commessi dalle Amministrazioni. In tal senso, il Tribunale ha insistito sull'illegittimità di negare un'autorizzazione per un impianto agrivoltaico senza tenere conto delle differenze tecniche che lo distinguono da un classico impianto fotovoltaico.

Nel corso del procedimento autorizzativo, infatti, il ricorrente aveva presentato, al fine di superare alcuni rilievi critici evidenziati dalle Amministrazioni, un progetto migliorativo. In altre parole, da un impianto fotovoltaico *tout court* che, come rilevato dal Giudice, *«impedirebbe la crescita della vegetazione, sì da determinare la perdita della potenzialità produttiva del terreno sul quale l'impianto insiste»*, il ricorrente aveva avanzato l'ipotesi di procedere alla costruzione, e conseguente messa in esercizio, di un impianto agrivoltaico che, a contrario della configurazione *c.d.* standard, garantirebbe invece *«la coltivazione agricola di più dell'80% della superficie disponibile, nonché il pascolo e ricovero di ovini, e infine l'allevamento di api stanziali sul sito»*.

In tal senso, è utile sottolineare come un impianto agrivoltaico sia costruito in modo da consentire e, per certi versi, facilitare la coltivazione nel terreno sottostante. Oltre ai vantaggi di cui si è dato conto poc'anzi, questa configurazione permette di mantenere la superficie del terreno permeabile, raggiungibile dal sole e dalla pioggia e, infine, utilizzabile per la coltivazione agricola.

Sono queste, in sintesi, le motivazioni che hanno portato il Tribunale ad accogliere il ricorso contro il diniego alle autorizzazioni necessarie per sviluppare il progetto agrivoltaico da 6,6 MW.

2.2. Sul contrasto apparente dell'agrivoltaico con il Piano Paesaggistico Territoriale Regionale della Regione Puglia

Secondo i Giudici, le Amministrazioni competenti hanno dedotto il contrasto del progetto con le previsioni di cui agli artt. 4.4.1 del PPTR che, tuttavia, non annovera l'installazione di impianti agrivoltaici di nuova generazione perché sviluppatasi successivamente all'emanazione del PPTR stesso.

Nel caso di specie, il Comitato per la Valutazione d'Impatto Ambientale (V.I.A.) aveva considerato l'impianto in contrasto con il Piano, il quale nega fortemente la realizzazione degli impianti da fonte rinnovabile in aree agricole.

Nello specifico, non sono state considerate le importanti migliorie apportare dal proponente al progetto, come poc'anzi rilevato.

A differenza, infatti, di un impianto fotovoltaico *tout court*, nell'agrivoltaico l'impianto è *«posizionato su pali più alti e ben distanziati tra di loro, in modo da consentire la coltivazione sul terreno sottostante e dare modo alle macchine da lavoro di poter svolgere il loro compito senza impedimenti per la produzione agricola prevista»*.

Come rilevato dal Giudice di prime cure, la superficie del terreno resta permeabile, raggiungibile dal sole e dalla pioggia e utilizzabile per la coltivazione agricola.

In conclusione, il Tribunale sottolinea come gli atti impugnati abbiano posto come base decisiva del diniego il presunto contrasto del progetto con una normativa tecnica che, tuttavia, è inconferente nel caso di specie, dal momento che risulta essere stata dettata con riferimento ai soli impianti fotovoltaici *tout*

court senza nulla dire in merito agli impianti agrivoltaici, così come descritti nei termini di cui sopra.

È stato, quindi, commesso, a parere della seconda Sezione del TAR Lecce, un palese errore di fondo consistente nell'assimilazione degli impianti fotovoltaici a quelli agrivoltaici, differenti per tecnologie e migliori utilizzate.

Per questo motivo, il Tribunale ha riconosciuto le ragioni poste dal ricorrente, statuendo un importante precedente in materia, nel senso di affermare che gli impianti agrivoltaici non presentano lo stesso impatto di un qualsiasi impianto fotovoltaico tradizionale posto a terra. In definitiva, appare condivisibile l'opinione secondo cui la migliore soluzione per produrre energia elettrica rinnovabile sia quella di sfruttare le superficie dei terreni, senza entrare in contrasto con la produzione agricola ma, a contrario, a suo supporto e vantaggio.

3. Conclusioni

Come si è avuto modo di osservare, lo sviluppo degli impianti agrivoltaici riveste un ruolo cruciale per la transizione ecologica che l'Italia è chiamata oggi, più che mai, ad affrontare, come più volte suggerito dalle fonti europee e nazionali.

Le implicazioni che questa nuova configurazione è in grado di apportare sono innumerevoli. Basti qui riflettere, a titolo esemplificativo, sull'esperienza statunitense in cui l'agrivoltaico diventa non solo un modo di sfruttare al meglio il territorio per produrre energia, ma anche l'occasione per sensibilizzare le comunità locali rispetto ad un modello di sviluppo inedito.

In tal senso, una fattoria in Colorado – il Jack Solar Garden^[9] – è l'esempio di uno degli impianti agrivoltaici più grandi in termini di estensione mai installati (*i.e.*, la produzione di energia elettrica si aggira attorno ai 1,2 MW).

Il caso in esame, inoltre, ha consentito ai ricercatori del progetto InSPIRE (“*Innovative Site Preparation and Impact Reductions on the Environment*”), appartenenti al Dipartimento dell'Energia degli Stati Uniti, di svolgere degli studi presso il sito^[10], concludendo che l'agrivoltaico è in grado non solo di aumentare la produttività di alcune coltivazioni, ma anche di ridurre il fabbisogno di acqua delle coltivazioni medesime, in quanto i pannelli installati su dei pali posti ad una determinata altezza da terra favoriscono l'ombreggiamento dei terreni.

Infine, è utile notare che il d.l. n. 17/2022 (Misure urgenti per il contenimento

dei costi dell'energia elettrica e del gas naturale, per lo sviluppo delle energie rinnovabili e per il rilancio delle politiche industriali) di recente emanazione ha inserito nuove disposizioni per le energie rinnovabili e i terreni agricoli, tra cui il limite del 10% della superficie occupabile per il fotovoltaico su suoli agricoli applicato anche per gli impianti agrivoltaici^[11]. Questa previsione parrebbe di per sé contraddittoria alla luce delle recenti modifiche degli articoli 9 e 41 della Costituzione, con cui è stato valorizzato l'ambiente come un bene "costituzionalmente" tutelato.

La sentenza del Tar Lecce in esame, dunque, assume considerevole rilievo poiché, con chiarezza e linearità, traccia una chiara distinzione tra fotovoltaico *tout court* e agrivoltaico, andando a colmare, per quanto possibile, quel vuoto legislativo ancora oggi esistente.

In conclusione, l'agrivoltaico – inteso come una sinergia tra energia solare e agricoltura – è in grado di promuovere la decarbonizzazione del sistema energetico e, al contempo, di garantire la sostenibilità del settore agricolo e la redditività delle imprese.

1.

Nelle more della pubblicazione di questo contributo, il T.A.R. Bari (Sezione II), con sentenza del 26 aprile 2022, n.568 ha reiterato l'orientamento della sentenza in commento seguendone lo stesso iter motivazionale e giungendo alla conclusione, *inter alia*, che, in relazione agli impianti agrivoltaici, non può trovare applicazione la disciplina del PPTR (cfr. § 3)

2.

In tal senso, cfr., *inter alia*, Clean Energy Council, *Australian guide to agrisolar for large-scale solar*, marzo 2021 (<https://assets.cleanenergycouncil.org.au/documents/resources/reports/agrisolar-guide/Australian-guide-to-agrisolar-for-large-scale-solar.pdf>), Fraunhofer ISE, *Agrivoltaics: opportunities for agriculture and the energy transition*, ottobre 2020 (<https://www.ise.fraunhofer.de/en/publications/studies/agrivoltaics-opportunities-for-agriculture-and-the-energy-transition.html>) e Legambiente, *Agrivoltaico: le sfide per un'Italia agricola e solare*, ottobre 2020 (<https://www.legambiente.it/comunicati-stampa/agrivoltaico-nuovo-modello-per-fotovoltaico-proposta-legambiente/>).

3.

Il testo definitivo è stato ufficialmente trasmesso alla Commissione europea il 30 aprile 2021. Il testo completo è reperibile al seguente sito web:

CERIDAP

https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR_0.pdf.

Inoltre, con il d.l. n. 59/2021 (Misure urgenti relative al Fondo complementare al Piano nazionale di ripresa e resilienza e altre misure urgenti per gli investimenti), conv., con modifiche, nella l. n. 101/2021, è stato approvato il Piano nazionale per gli investimenti complementari, volto ad integrare con risorse nazionali gli interventi del PNRR per complessivi 30.622,46 milioni di euro con riferimento agli anni dal 2021 al 2026.

4.

Il Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030 (PNIEC), reperibile sul sito web del Ministero

dello sviluppo economico:

<https://www.mise.gov.it/index.php/it/energia/energia-e-clima-2030>, segna la volontà di un cambio di passo nell'attuazione della politica energetica e ambientale in Italia, con l'obiettivo di una progressiva decarbonizzazione. Il Piano, diviso in cinque aree nelle quali intervenire, tocca svariati punti all'ordine del giorno ormai nel panorama internazionale, come: decarbonizzazione, efficienza e sicurezza energetica, sviluppo del mercato interno dell'energia, ricerca, innovazione e competitività.

Il 21 gennaio 2020 viene pubblicato il testo definitivo del PNIEC, inviato alla Commissione europea

in attuazione del Regolamento 2018/1999/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, sulla governance dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima che modifica le direttive (CE) n. 663/2009 e (CE) n. 715/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE e 2013/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive del Consiglio 2009/119/CE e 2015/652/UE e che abroga il regolamento 525/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

5.

È utile notare che uno dei fattori limitanti dell'installazione del fotovoltaico è la disponibilità di superfici e, pertanto, è necessario prendere in considerazione le vaste aree agricole presenti nel territorio.

6.

In tal senso, si segnala che entro il 31 marzo 2022 il MiTE pubblicherà il bando per allocare i finanziamenti previsti dalla Missione 2, Componente 1, Investimento 2.2 c.d. "Parco agrisolare" del PNRR con un budget di 1,5 milioni di euro. È interessante notare che questi interventi non dovrebbero comportare ulteriore consumo di suolo dal momento che riguarderanno l'installazione di pannelli fotovoltaici sulle coperture di edifici esistenti ed impianti agrivoltaici.

7.

AR-EF-IS Position Paper Agrovoltaico.pdf (elettricitafutura.it)

8.

V., da ultimo, T.A.R. Lecce (sezione II), sentenza del 13 gennaio 2022, n. 96.

9.

Solar energy Colorado | Jack's Solar Garden, LLC | United States (jackssolargarden.com)

10.

È doveroso sottolineare che anche l'Italia si è dotata di una piattaforma nazionale per l'Agrivoltaico Sostenibile promossa dall'ENEA (*Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile*) e dall'ETA (*Florence Renewable Energies*), avente lo scopo di riunire insieme vari “*players*” del mercato (e.g., imprese, università, associazioni di categoria ed istituzioni) con il fondamentale intento di promuovere lo scambio di informazioni tra tutti gli stakeholders coinvolti (Agrivoltaico Sostenibile).

11.

In tal senso, si veda l'articolo 11 del d.l. n. 17/2022 che modifica l'art. 65 del d.l. n. 1/2012, conv., con modifiche, nella l. n. 27/2012, inserendo il comma 1-*octies* il quale prevede che *«il comma 1 non si applica agli impianti agro-voltaici che, pur adottando soluzioni costruttive diverse da quelle di cui al comma 1-quater, prevedano la realizzazione dei sistemi di monitoraggio di cui al comma 1-quinquies ai fini della verifica e della attestazione della continuità dell'attività agricola e pastorale sull'area interessata e occupino una superficie complessiva non superiore al 10 per cento della superficie agricola aziendale»* (enfasi aggiunta). Nonostante questo vincolo di non poco conto, gli incentivi statali vengono estesi anche agli impianti fotovoltaici in ambito agricolo alla presenza di tre condizioni reputate dal Legislatore fondamentali: gli impianti agrivoltaici devono (i) usare soluzioni innovative; (ii) essere sollevati da terra così da non compromettere l'attività pastorale ed agricola; e (iii) abbiano sistemi di monitoraggio che consentano di verificarne l'impatto ambientale.