AIPDA

Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo

Lo spazio della pubblica amministrazione tra vecchi territori e nuove frontiere

CONVEGNO NAZIONALE AIPDA

Università degli Studi Federico II
Napoli
29 – 30 settembre 2023

Abstract delle relazioni

Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo

CONVEGNO NAZIONALE AIPDA
UNIVERSITA' DEGLI STUDI FEDERICO II
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
NAPOLI
29 – 30 settembre 2023

Lo spazio della pubblica amministrazione tra vecchi territori e nuove frontiere

FABRIZIO FRACCHIA
Un quadro d'insieme

La relazione si sviluppa affrontando tre nuclei tematici: I) l'applicazione delle tesi luhmanniane per lo studio dei "confini"; II) l'analisi delle relazioni intergenerazionali; III) l'approfondimento dei temi del sovranismo e della globalizzazione.

Parte I

La proposta teorica per studiare le frontiere nel diritto e, in particolare, nel diritto amministrativo: l'impiego delle tesi di Luhmann. Descrizione di alcuni tratti della teoria. Sua applicazione: le condizioni di sopravvivenza del sistema sociale del diritto e il mantenimento dei suoi confini; l'abbattimento dei confini e il rischio di medioevo sistemico (reti, social e IA); l'amministrazione-organizzazione oggetto di diversi sistemi giuridici che si mantengono nei rispettivi confini; la perimetrazione dell'ordinamento giuridico amministrativo; il regime del diritto amministrativo e l'ossessione nel tematizzare i problemi (regolamentazione dell'arrogante potere e garanzia di tutela a favore dei privati); il metodo del diritto amministrativo e la semantica del sistema giuridico; la scienza giuridica come cornice predecisionale. Alcuni corollari (ossia alcuni temi di confine): a) arginare gli

sconfinamenti dei giuristi e i rischi di una malintesa interdisciplinarità; b) arginare gli sconfinamenti tra sistemi; c) tematizzare il potere fuori dal confine del diritto; d) le condizioni che debbono sussistere perché sia possibile perimetrare un ordinamento giuridico; e) le norme interne e la distinzione rispetto al diritto posto da fonti riconosciute dall'ordinamento generale; f) l'amministrazione nei confini degli altri sistemi sociali (o di altri sub-sistemi); g) il confine tra pubblico e privato (il problema del posizionamento dell'ornitorinco rispetto ai confini); h) la latenza nei confini del sistema e dei metodi; i) il perimetro del merito e i confini tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito; l) il divieto di pronunciare su poteri non ancora esercitati; m) le leggi provvedimento e la riserva di regime di diritto amministrativo; n) la distinzione tra (regime di diritto amministrativo della) discrezionalità e interpretazione (propria del sistema del diritto in generale); o) l'organizzazione che rende prestazioni della scienza: distinzione tra valutazioni tecniche e accertamenti tecnica; cenni al tema del sindacato e al criterio dell'opinabilità; p) il perimetro del potere amministrativo; q) preclusioni e cedimenti del regime di diritto amministrativo. Una riflessione di sintesi: un soggetto forte con i deboli, ma (dal punto di vista sistemico) debole con i forti

Parte II

Nuove frontiere e diritto amministrativo. Le crisi della modernità e il diritto. Responsabilità intergenerazionali, amministrazione pubblica e diritto amministrativo. La nozione giuridica di transizione (verso nuovi confini).

Parte III

Vecchie frontiere e loro assestamenti: sovranismo e globalizzazione. La crisi della globalizzazione, il diritto amministrativo e il materiale regolatorio prodotto oltre le colonne d'Ercole della sovranità. Una lettura sistemica della (crisi della) globalizzazione e delle sue nuove frontiere, tra IA e responsabilità.

MICHELE TRIMARCHI
Lo scenario transnazionale ed europeo

La costituzione economica europea limita lo spazio dell'amministrazione nazionale: vieta l'istituzione di taluni regimi amministrativi, sottopone l'impresa pubblica alle regole dei Trattati, pone limiti quantitativi alla spesa pubblica. Il diritto europeo riduce lo spazio dell'amministrazione nazionale anche laddove affida la propria attuazione alle istituzioni dell'Unione, avocando a livello centrale funzioni tradizionalmente esercitate all'interno degli Stati. Ma il diritto europeo è anche motivo di espansione dello spazio delle amministrazioni nazionali. Alcune funzioni amministrative sono connaturate all'approccio ordoliberale dell'Unione: la funzione *antitrust*, la funzione di regolazione, la funzione di aggiudicazione. Altre funzioni amministrative nazionali fioriscono nell'ambito della regolamentazione europea dei dati e del mercato digitale, per la tutela di diritti esposti a nuovi rischi. Le politiche europee per la transizione verde, la promozione della digitalizzazione, lo sviluppo delle infrastrutture, la coesione sociale, la protezione delle imprese strategiche nei confronti degli investimenti esteri riportano sulla scena funzioni amministrative che avevano subito un declino proprio per effetto del diritto dell'Unione: la programmazione, l'incentivazione, la regolazione dell'impresa. Ma ciascuna di queste funzioni presenta oggi caratteri diversi che in passato. Per la gestione della criminalità transnazionale e degli ingenti flussi migratori in entrata aumenta la capacità amministrativa europea nell'ambito delle funzioni d'ordine: ma solo in parte questo comporta una riduzione dello spazio delle amministrazioni nazionali. L'appartenenza dell'Italia ad un sistema di relazioni internazionali complesso e articolato stimola l'amministrazione nazionale verso nuove frontiere. Attraverso la partecipazione diretta alle organizzazioni internazionali, le pubbliche amministrazioni statali acquisiscono uno spazio nell'arena globale; al contempo, il diritto prodotto oltre lo Stato, proprio in quanto conforma l'azione delle amministrazioni statali alla cura di interessi transfrontalieri, apre nuovi spazi alla loro azione, e vi assegna ulteriori corrispondenti responsabilità.

SARA SPUNTARELLI
Eccessi legislativi ed erosione dell'attività amministrativa

La relazione affronta il tema del rapporto tra due articolazioni fondamentali della struttura giuridica di un ordinamento fondato sui principi dello Stato di diritto. Leggi-provvedimento e provvedimenti-legge hanno per effetto comune la compressione della tutela dei diritti individuali. La relazione esamina alcune linee di tendenza al riequilibrio che emergono dalle strutture di garanzia degli ordinamenti. Nonostante gli eccessi legislativi possano essere trattati unitariamente in virtù dei medesimi valore giuridico ed effetti sui diritti individuali, permane la loro profonda differenza nei presupposti, proprio perché emanano da poteri distinti, e nelle conseguenze ordinamentali: se la legge-provvedimento erode l'attività amministrativa, nel provvedimento-legge l'attività amministrativa si estende fino a partecipare del carattere della legge

RENATA SPAGNUOLO VIGORITA
Potere amministrativo, poteri e interessi privati

Abstract: Scelte di natura politica sono le condizioni che determinano il "momento" dell'amministrazione nella direzione e formazione della vita sociale e derivano dal tipo di rapporto che si viene ad instaurare tra Parlamento ed esecutivo. Per cui gli statuti amministrativi non scompaiono, ma si dislocano secondo nuovi equilibri e la specialità si fa aperta e multiforme in proporzione al contesto. L'estrema rapidità con cui si determinano e mutano le condizioni economiche richiede al potere "di essere ispirato dal criterio dell'adeguatezza alla situazione concreta." Il potere pubblico può dunque: essere chiamato a difendersi dal potere dei privati; può tradursi nella possibilità di spingere le imprese private, con graduazione di mezzi, non necessariamente autoritativi, verso scelte produttive che rispondono a specifici interessi pubblici; può strutturarsi e prendere forma attraverso gli apporti partecipativi dei privati ai processi decisionali. All'emersione di nuovi poteri privati

corrispondono pertanto, e in altri termini, vecchie e nuove forme di esercizio del potere. Che vanno da formule in grado di incidere direttamente sulle attività di impresa nella misura in cui trovano una giustificazione di interesse pubblico (controlli su qualità di beni, obblighi di servizio universale, vigilanza, misure antitrust) a forme di programmazione "indicativa", all'incoraggiamento e all'atteggiamento di favore per scelte di soggetti privati che siano in grado di concorrere alla effettività di politiche pubbliche di settore. Si è di fronte perciò ad una cornice variegata in cui il sistema delle regole può dirsi certamente arricchito, e mutevole è il volto dello Stato nell'economia. E ciò in quanto potere pubblico e potere privato non sono alternativi o necessariamente contrapposti: i tempi dell'economia impongono regole adattabili, multidimensionali e fluide che non tollerano rigide, seppure rassicuranti, schematizzazioni. La questione dunque è indagare, da un lato, cosa possa considerarsi potere privato e quali le cause che ne determinano il peso; dall'altro, quanto le modulazioni del potere amministrativo siano efficaci, nel duplice scopo di nutrirsi dei poteri privati e di contrastare fenomeni speculativi, comportamenti opportunistici e l'esistenza di interessi di grandi gruppi privati in grado di condizionare le scelte dell'amministrazione o che riescono ad ottenere vantaggi dalla mancanza di decisioni. Il rapporto tra politica e amministrazione, l'assenza di una disciplina organica sul conflitto di interessi e sul lobbying sono parte della possibile risposta che riporta al tema della autorevolezza dell'amministrazione, della credibilità e della necessità di una rinnovata dimensione di fiducia.

PIERPAOLO FORTE
Scienza ed amministrazione

Lo studio affronta alcuni tra i temi di ciò che potrebbe dirsi "la scienza nell'amministrazione", rilevando quanto, nelle società odierne, la conoscenza sia parte fondante dei processi di legittimazione; nel lavoro la scienza viene perciò considerata innanztiutto come potere, una eminenza acquisita grazie soprattutto all'attendibilità, cioè all'affidabilità delle conoscenze validata con il

"metodo scientifico", che autorizza a considerare e a trattare come scientificamente vero ciò che abbia passato tale vaglio, purché 1) non supponiamo che ciò significhi *verità*, e 2) manteniamo l'umiltà di considerare la veridicità di quell'assunto incompleta, temporanea, incerta. La scienza infatti non elimina invariabilmente le incertezze, e dunque non sempre risulta dominante e decisiva.

La evidente competizione sul terreno della legittimazione tra politica e scienza incide sull'amministrazione, ovviamente, giacché essa non ne ha una propria, ed il suo potere, dove c'è, è tratto da un altrove; la scienza agisce nel territorio che determina la validità giuridica dell'azione amministrativa anche *oltre* le disposizioni esplicite e puntuali di legge, in quel perimetro che, secondo un certo lessico specialistico definiamo di "legittimità", nel rispetto dunque del medesimo dovere che grava sulle decisioni politiche, quello della *ragionevolezza*, che nella letteratura gius-amministrativistica è anche letto come *logicità* o *razionalità*, e riguarda perciò anche le misure oggetto delle decisioni amministrative, in guisa di *adeguatezza*, *proporzionalità*, e persino *precauzione* nelle circostanze rischiose.

Con riguardo alla capacità determinante della scienza sull'amministrazione, c'è però un fondamento giuridico ulteriore poco esplorato in letteratura, connesso al rilievo del cd. *"diritto alla scienza"*, come proclamato in alcuni ambiti internazionali, in termini di diritto di ogni persona di "partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici", e a prenderlo sul serio, può avere perciò un contenuto minimale nella pretesa che vengano utilizzate conoscenze scientifiche attendibili (quelle che possono apportare "benefici" già validati) ogni qual volta che esse siano rilevanti per prendere una decisione che possa aver conseguenze sui propri interessi.

Nella "società della conoscenza" le decisioni amministrative puramente discrezionali sono fisiologicamente recessive, come, parallelamente, lo sembrano quelle "puramente" politiche; si tratta di una trasformazione della discrezionalità amministrativa, un mutamento di percezione e trattamento giuridico dovuto a diversi elementi, tra rilevanza di principi e clausole generali, e di regole non giuridiche, aumento cognitivo per i provvedimenti amministrativi grazie alla meccanica procedimentale, e progressivo riconoscimento dell'intervento amministrativo come parte di una "decisione

pubblica", una determinazione frutto di una scelta tra alternative. In questa trasformazione ha un ruolo anche l'accumulo sempre più intenso e l'aumento delle conoscenze attendibili, e anche quando per decidere la p.a. usi parametri scientifici o tecnici opinabili, appare sempre più chiaro che si tratti di vere e proprie tecniche di esercizio della discrezionalità, in funzione di una scelta, *determinazioni* che costituiscono *decisioni*.

La decisione amministrativa trova i suoi moventi politici nelle norme e negli indirizzi di governo, e non è abilitata a definirli essa stessa; quella amministrativa, infatti, non è una funzione di finalità, ma una funzione tecnica del fatto singolare, e mentre le cognizioni che hanno solidità di vero scientifico si impongono nella decisione pubblica (amministrativa, ma anche politica), quelle, pur verificate sul piano scientifico, ma ancora incerte ed opinabili non possono, ovviamente, avere la medesima eminenza, a causa del difetto del fattore legittimante dell'attendibilità; ma l'affidabilità del metodo scientifico sembra agire anche in queste corcostanze, giacché la mancanza di certezza non espelle le cognizioni opinabili dai presupposti della decisione amministrativa, che vengono comunque trattate nella decisione, quanto meno sotto forma di precauzione, e cioè una valutazione pur sempre scientifica del rischio, ed una decisione sulle misure da adottare che, invece, può considerare anche altri elementi.

In tali casi acquistano ulteriore rilievo decisivo, in senso lessicale, gli indirizzi politici; infatti nemmeno la scienza, nella sua accezione relativa all'accrescimento delle conoscenze, ha una finalità, che sia diversa da quella di accumulare cognizioni verificate e non false; ed anche nella sua inclinazione applicata, in veste di tecnica e tecnologia, non possiede in sé obbiettivi, dato che ha una dimensione necessariamente strumentale, servente cioè a bisogni e scopi rilevati e definiti altrove. Cosicché, se la politica rimane cosciente della propria, essenziale funzione nell'essere arte delle finalità, può usare l'indirizzo politico per orientare il comportamento amministrativo anche nell'ambito dell'opinabile tecno-scientifico; in questo modo, l'indirizzo politico, se fa bene il proprio mestiere, resiste in maniera sorprendente ad ogni tendenza tecnocratica

ALFREDO MARRA
I poteri impliciti

Abstract: Quello dei poteri impliciti costituisce un tema classico del diritto amministrativo, da sempre presente nella riflessione degli studiosi come pure nella pratica amministrativa, tema che si muove e si sviluppa all'interno dei "vecchi territori" i cui confini sono segnati dal principio di legalità e dal suo fondamentale corollario della tipicità. Il tema sembrerebbe rivestire attualmente – soprattutto a partire dall'entrata in vigore della legge n. 15/2005 e dalla conseguente tipizzazione dei poteri di autotutela – un rilievo limitato nel perimetro dell'azione amministrativa tradizionale, per porsi piuttosto in tutta la sua urgenza sulle "nuove frontiere" della regolazione indipendente. Sicché è soprattutto su questo versante che sarà indagato "lo spazio della pubblica amministrazione".

Dopo aver richiamato le origini della teoria dei poteri impliciti, si ripercorrono le principali tesi dottrinarie e gli indirizzi giurisprudenziali volti a individuare i criteri di legittimazione e i limiti di tali poteri, in particolare quando esercitati da amministrazioni indipendenti. Queste acquisizioni sono quindi messe alla prova attraverso un'analisi critica della vasta casistica giurisprudenziale, nel tentativo di andare oltre le acquisizioni consolidate e le formule stereotipate e al fine di fare emergere le contraddizioni presenti nella teoria e nella pratica dei poteri impliciti.

BIAGIO GILIBERTI
L'amministrazione condivisa e la co-progettazione

Il legislatore e le amministrazioni ricorrono con crescente frequenza all'uso di espressioni quali co-decisione, co-progettazione e co-programmazione, enfatizzando l'idea della compartecipazione dei cittadini ai meccanismi decisionali amministrativi nelle materie di interesse generale, fin dalla fase di programmazione.

La ricerca dell'effettivo significato di simili formule viene affrontata a partire dalla nozione di sussidiarietà orizzontale rinvenibile in Costituzione. Seguendo questo stesso andamento metodologico, vengono ripercorse le principali costruzioni filosofiche in materia di sussidiarietà, onde verificare se e con quali eventuali adattamenti siano state recepite in Costituzione. L'indagine pone in evidenza che tra i molti significati elaborati dalle scienze extragiuridiche, la Costituzione – trattando di sussidiarietà - sembra fare propria quella di *subsidium*, affidando ai soggetti di cui all'art. 118, c. 4 Cost. non tanto il compito di allocare l'esecuzione di servizi di interesse generale in capo a cittadini e loro formazioni sociali, quanto di favorire condizioni che permettano la valorizzazione dell'autonoma iniziativa dei cittadini in tali settori.

Viene, inoltre, osservato che co-programmazione e co-progettazione rilevano quali forme costituzionalmente necessitate di dialogo in sede di organizzazione delle attività di interesse generale in senso sussidiario.

L'osservazione per cui l'art. 118 Cost. – con formula ben più complessa rispetto ad altre prospettate nel corso del processo di riforma – leghi il principio di sussidiarietà al favore imposto verso l'autonoma iniziativa dei cittadini porta poi a propendere verso la possibilità che il dialogo con i cittadini non si sostanzi unicamente nella ritrazione del diritto amministrativo ad uno strumentario minimale (semplici autorizzazioni e segnalazioni di attività), restando nella disponibilità delle parti anche il ricorso a strumenti negoziali, a condizione che il regolamento di interessi valorizzi l'autonoma iniziativa dei cittadini. Ciò con la precisazione per cui nello svolgersi di questo dialogo la pubblica amministrazione resta

titolare – nei limiti specificamente osservati nell'indagine – di esprimere visioni di interesse generale, mediante individuazione dei bisogni e degli obiettivi che intende perseguire.

Una volta ricostruito il quadro generale per come rilevato in Costituzione, l'attenzione viene posta sul Codice del Terzo settore, al fine di verificare in che misura in esso i precetti costituzionali possano dirsi inverati ma senza mancare di discutere dell'appropriatezza di alcune scelte, che nell'esprimere un netto e non certamente censurabile favore verso le realtà no profit, escludono dal dialogo programmatorio le formazioni sociali organizzate per finalità diverse e i cittadini quali singoli.

GABRIELE BOTTINO
L'amministrazione dell'emergenza

Se il XX secolo è stato autorevolmente definito come il "il secolo breve" (E. Hobsbawm), i primi 23 anni del XXI secolo sono stati caratterizzati, senza soluzione di continuità, da emergenze costanti: alla emergenza del terrorismo, hanno fatto seguito emergenze sismiche, climatiche, economico-finanziarie, sanitarie e pandemiche, migratorie, di ordine e sicurezza pubblica.

Anche l'Italia, i suoi organi politici e di governo, e le sue pubbliche amministrazioni, hanno dovuto e devono tuttora fronteggiare questi ininterrotti stati di emergenza.

Considerare il diritto amministrativo della emergenza, e la pubblica amministrazione da esso creata e disciplinata, significa in primo luogo verificare la stessa possibilità di dare una nozione giuridica di "emergenza", all'interno del diritto positivo.

Significa di poi dare atto dei dati empirici riferibili agli eventi emergenziali, ed operare una loro ricognizione per settori e tipologie: da questi dati di fatto – e poiché le emergenze, ogni singola emergenza, sono innanzi tutto accadimenti – è necessario

muovere per ragionare sul diritto amministrativo e la pubblica amministrazione della emergenza.

Vale a dire sulla sua organizzazione amministrativa, ad oggi non sistematica né coerente, sui provvedimenti amministrativi volti a fronteggiare l'emergenza – e sulla loro costante natura e contenuti derogatori, nei confronti del diritto amministrativo "normale" – infine sul loro controllo e sindacato giurisdizionale, vieppiù esteso e pervasivo proprio in ragione di queste deroghe che, ripetute e costanti nel tempo, assumono esse stesse una normale fondatezza e stabilità.

GIUSEPPE TROPEA
Il sindacato giurisdizionale come forma di controllo dell'amministrazione

Il tema del sindacato giurisdizionale come forma di controllo dell'amministrazione costituisce un "capo delle tempeste" della giurisprudenza teorica e pratica sin dalla fondazione della nostra disciplina. Si proverà ad affrontarlo svolgendo un discorso genealogico, mettendo in evidenza come talora il pendolo oscilli verso l'amministrazione e talora verso il giudice, a seconda delle spinte di sistema e della "filosofia" o "ideologia" del corpo giurisdizionale coinvolto. In particolare, si considereranno: *i)* la "falsa partenza" ottecentesca del giudice dei diritti e i retaggi di essa nella giurisprudenza contemporanea; *ii)* l'uso della Costituzione *magis ut valeat* nell'evoluzione delle tecniche di tutela negli anni '70 e il suo influsso anche sul sindacato del giudice penale alle prese col fine della norma piuttosto che con i rapporti con l'amministrazione; *iii)* l'evoluzione delle tecniche di sindacato e di tutela dinanzi al giudice amministrativo, che da giudice liberale diviene progressivamente giudice neoliberale del grande contenzioso economico. Si concluderà con la proposta di immaginare un riavvicinamento delle tecniche di sindacato fra ordini giurisdizionali e dei confini del controllo giudiziale sull'amministrazione, livellato sull'avanzato modello raggiunto dal giudice amministrativo, pur nel

rispetto delle più intense garanzie che in alcuni settori, come quello penale, sono previste in Costituzione. L'equilibrio giurisdizione-amministrazione appare in costante tensione e trasformazione, sopravanzato di continuo dal paradigma della crisi, dall'emergenza permanente e dallo *Stato amministrativo*, in cui si amministra con legge e con sentenza. Avere contezza di questa grande trasformazione aiuta a cogliere meglio gli irregolari e incerti confini del controllo giudiziario sull'amministrazione, connotato da "pieni" e "vuoti", e a provare a costruire un rinnovato *Stato di diritto amministrativo*, nella consapevolezza che i valori profondi del liberalismo custodiscono irrinunciabili "semi di verità" per un più equilibrato bilanciamento tra l'esercizio del potere e i suoi freni.