



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

ARCHIVIO ISTITUZIONALE DELLA RICERCA

Alma Mater Studiorum Università di Bologna Archivio istituzionale della ricerca

La strada da fare. Appunti per l'amministrazione dopo la pandemia

This is the final peer-reviewed author's accepted manuscript (postprint) of the following publication:

Published Version:

La strada da fare. Appunti per l'amministrazione dopo la pandemia / Daniele Donati. - In: DIRITTO PUBBLICO. - ISSN 1721-8985. - ELETTRONICO. - 1:(2021), pp. 127-153. [10.1438/100706]

Availability:

This version is available at: <https://hdl.handle.net/11585/821915> since: 2021-06-13

Published:

DOI: <http://doi.org/10.1438/100706>

Terms of use:

Some rights reserved. The terms and conditions for the reuse of this version of the manuscript are specified in the publishing policy. For all terms of use and more information see the publisher's website.

This item was downloaded from IRIS Università di Bologna (<https://cris.unibo.it/>).
When citing, please refer to the published version.

(Article begins on next page)

This is the accepted manuscript of:

Daniele Donati. "La strada da fare. Appunti per l'amministrazione dopo la pandemia." *Diritto pubblico*, 1 (2021): 127-153.

<https://doi.org/10.1438/100706>

The final publication is available at

<https://www.rivisteweb.it/doi/10.1438/100706>

Terms of use: All rights reserved.

This item was downloaded from IRIS Università di Bologna (<https://cris.unibo.it/>)

When citing, please refer to the published version.

La strada da fare. Appunti per l'amministrazione dopo la pandemia¹

Daniele Donati

C'è chi si consolerebbe della fine del mondo, se solo l'avesse predetta lui

F. Hebbel

1. *Da dove muoviamo.* La crisi pandemica che stiamo attraversando sembra aver risvegliato, nel discorso politico come in quello dei giornali, un'attenzione prima sopita per le esigenze di ammodernamento dell'amministrazione pubblica. Le prime voci in questo senso si sono sentite sin dalle prime avvisaglie del contagio, per poi moltiplicarsi quando il Piano *NextGenerationEU*² ha posto un forte accento sul tema, anche se, in molti casi, ci si è limitati a reclamare una riforma senza poi dare indicazioni sui contenuti. Nell'economia di queste pagine, si tenterà allora di interpretare i segni che la crisi ha messo in evidenza, riprendendo e rileggendo questioni già presenti in molte analisi che però, oggi, ci vengono proposte sotto una luce diversa, forse rivelante di profili ed esiti fino ad oggi mai svelatisi.

Si deve però anche accennare alle patologie che la reazione alla crisi ha suscitato e che hanno caratterizzato gran parte del dibattito fin qui avutosi in dottrina³. Non potendo considerare l'emergenza una fonte di legittimazione in sé, come proponeva in ben altri tempi e condizioni Santi Romano⁴, e in assenza di qualsiasi indicazione costituzionale per un assetto o poteri straordinari in questi casi, le forme con cui si è entrati in questo clima istituzionale specialissimo e si sta tuttora gestendo la crisi sono state quelle previste dalla legislazione ordinaria. La dichiarazione formale dello stato di emergenza⁵ da parte del Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020 è stata adottata ai sensi dell'art. 24 del decreto legislativo del 2 gennaio 2018, n. 1 (il cosiddetto Codice della protezione civile)⁶, per l'insorgenza di «eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari» (art.7, lett. c dello stesso d.lg).

¹ Queste note sono tratte dall'intervento svolto il 20 novembre all'Incontro di Studio *Il cambiamento necessario. Strategie e vincoli per le riforme*, tenutosi in occasione dei 40 anni del Gruppo San Martino e rubricato fra i Seminari di Alti Studi su Istituti e Principi del Diritto Amministrativo - Seminari IPDA

² Il *NextGenerationEU* è stato deliberato soltanto il 10 novembre 2020 in sede di Consiglio, in base all'accordo raggiunto dal Parlamento europeo e dagli Stati membri. Se ne vedano i tratti essenziali nei documenti nel sito della Commissione Europea, al sito https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_it.

³ Oltre ai contributi che richiameremo successivamente, su profili specifici, si segnalano P. Bonetti, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del coronavirus spunti per attuarla diversamente*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, 2, pp. 689 ss.; F. S. Marini, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *federalismi.it*, pp. 1 ss.; A. Mazzola, *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in *Nomos*, 2020, 1, pp. 2 ss.; E.C. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Forum di BioLaw Journal*, 2020, 3; R. Cherchi, A. Deffenu, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, disponibile all'indirizzo: www.dirittiregionali.it, 1, 2020; M. G. Civinini, G. Scarselli, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in *Questione Giustizia*, disponibile all'indirizzo www.questionegiustizia.it, 14.04.2020.

⁴ Da questi veniva infatti rubricata come «condizione di cose che (...) non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite» in S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Rivista di Diritto costituzionale e amministrativo*, 1909, 1, p. 260. Lo ricorda bene F. De Vanna ne *Il diritto "imprevedibile": notazioni sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid-19*, in *Nomos*, 2020, 2, p.4 ss. (anche al sito <https://is.gd/njTQgT>). Sul tema autorevole dottrina si è interrogata anche prima della crisi sanitaria in corso. Tra tanti si vedano M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2006, 12 ss; R. Cavallo Perin, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, 2005, 4, pp. 777 ss; G. Manfredi, *Emergenze socio-ambientali. Le insidie del potere di ordinanza*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2004, 1, pp. ss.; M. A. Cabiddu, *Stato di eccezione*, in *Amministrazione in cammino*, 26 .05.2010

⁵ Il giorno prima già l'Organizzazione mondiale della sanità aveva proclamato una «crisi internazionale di salute pubblica per il coronavirus (PHEIC)».

⁶ Ciò è in realtà avvenuto avendo già alle spalle un paio di decreti del ministro della Sanità e in assenza della dichiarazione dello stato di mobilitazione del Servizio nazionale della protezione civile, ad essa prodromico.

Il passaggio successivo è stato quello che ha attirato le maggiori critiche: con il decreto legge del 23 febbraio 2020, n. 6 (poi convertito nella legge del 5 marzo 2020, n. 13) si è ritenuto di legittimare la lunga sequenza di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri⁷ nei quali si è assunta la tutela della salute – specialmente nella sua accezione di «interesse della collettività» - a valore prevalente rispetto ad altri diritti costituzionali. Ne è conseguita una compressione della libertà personale, «inviolabile» ai sensi dell'art.13, e poi della libertà di circolazione e soggiorno di cui all'art.16 Cost. (il quale prevede, come limiti espliciti, i «motivi di sanità o di sicurezza») e della libertà di tenere riunioni in luogo pubblico *ex art.* 17 Cost. (secondo il quale le stesse possono essere vietate «soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica»). In qualche modo dipendenti da questo primo nucleo sono poi state le limitazioni al diritto di professare la propria religione (art.19 Cost.), al diritto all'istruzione e alla fruizione dell'offerta culturale (artt. 9, 33 e 34 Cost.), al diritto al lavoro (artt. 4 e 35 Cost.) e, infine, alla libertà di iniziativa economica (che, *ex art.* 41 Cost., non può comunque svolgersi «in modo da recare danno alla sicurezza»).

È dunque con atti amministrativi che si è avuto il passaggio dalla normalità all'eccezione e si è determinato il bilanciamento emergenziale tra «sicurezza e libertà»⁸, come ben testimoniato in toni anche molto espliciti nei vari discorsi del Presidente del Consiglio⁹. In un clima inedito di urgenza (il che giustifica e non), le forzature al sistema delle fonti¹⁰ si sono poi tradotte in soluzioni anche *naïve*¹¹, in incertezze e ripensamenti, mentre si consolidava un riassetto fragile nell'equilibrio tra le forme di legittimazione assunte nella crisi dal potere politico (o forse *melius* dal *droit politique*¹²) e il complesso dei diritti, tra indirizzo e garanzia, tra *gubernaculum* e *iurisdictio*¹³.

Né questo incerto nuovo equilibrio ha mancato di produrre effetti sul sistema di governo multilivello, traducendosi in un conflitto costante tra il Governo e le Regioni che, con atti emergenziali propri, hanno quasi costantemente fatto da controcanto alle misure fin qui ricordate. Il culmine si è raggiunto quando la regione Calabria, in aperto contrasto con il calendario fissato dal d.p.c. del 26 aprile 2020, con l'ordinanza presidenziale n. 37 del 29 aprile 2020 ha disposto la ripresa delle attività di ristorazione all'aperto. La vicenda si conclude con la sentenza n. 841 del 9 maggio 2020 del T.A.R. Calabria che ha annullato il provvedimento regionale richiamandosi alle competenze statali fissate dalla disciplina dell'emergenza ove si afferma che «spetta al presidente del Consiglio dei ministri individuare le misure necessarie a contrastare la diffusione del virus Covid-19, mentre alle regioni è dato intervenire solo nei limiti delineati dall'articolo 3, comma 1, dl n. 19 del 2020, che però nel caso di specie è indiscusso che non risultino integrati». Un conflitto di competenza «in positivo», dunque.

Eppure ben più grave incertezza rivelano questo fatto e i tanti altri pur non giunti a giudizio, ma precipitati negli oltre 650 provvedimenti adottati tra Stato e regioni dall'inizio della crisi pandemica. E cioè di come l'emergenza abbia scoperto l'inconsistenza delle relazioni tra i diversi livelli di legislazione e governo¹⁴, e in

⁷ La decretazione d'urgenza – con la quale l'accentramento sul Governo è mitigata mitigata per il passaggio del testo davanti al Parlamento e al Presidente della Repubblica – è specialmente rivolta all'adozione di misure speciali sul personale e più in generale l'organizzazione sanitaria, e il sostegno all'economia (i vari decreti «Ristori» e «Cura Italia ecc.).

⁸ Vedi S. Cassese *Salviamo la democrazia*, in *La Lettura*, allegato al *Corriere della Sera*, 31 gennaio 2020, p. 3 ss.

⁹ Si veda in proposito (e oltre) il bell'articolo che racconta lo studio di E. Zavarrone *Pandemia, le parole di Giuseppe Conte. Analisi semantica dei discorsi del presidente del Consiglio* su *Il Sole 24 ore* dell'8 maggio 2020.

¹⁰ Parla di modifiche e “sbregghi” al sistema delle fonti L. Torchia ne *La triste storia del decreto invisibile (al 3 aprile 2020)*, pubblicato su Astrid on line al sito <https://is.gd/UmiSCf>.

¹¹ Penso all'accenno «alla sintomatica trasfigurazione dello strumento dell'autocertificazione in autorizzazione di polizia *prêt-à-porter*» di F. Cortese in *Emergenza Covid-19: sulle sfide dell'ordinamento e sulle possibili articolazioni della legittimità amministrativa ne I sistemi multilivello alla prova dell'emergenza*, Istituzioni del Federalismo, Numero Speciale 2020, al sito <https://is.gd/b86lQH>.

¹² C. Gusy, *Considérations sur le “droit politique”*, in *Jus Politicum*, 2009, 1, disponibile all'indirizzo <https://is.gd/NBAkH7>, ma anche, più in generale, C. Lefort, *Democracy and Political Theory*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1988; P. Lacoue-Labarthe e J.-L. Nancy, *Retreating the Political*, Routledge, S. Sparks ed., 1997; J. Rancière, *Aux bords du politique*, La Fabrique, 1998.

¹³ Richiama questa dicotomia anche F. De Vanna, *op. ult. cit.* L'autore che fonda e approfondisce questa distinzione è C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, Il Mulino, 1990. La ripresa in termini di indirizzo e garanzia è invece di O. Chessa, *Indirizzo politico e separazione dei poteri nel governo parlamentare*, in *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, Jovene Editore, 2010.

¹⁴ Si veda a proposito G. Gardini, *La polarizzazione del dibattito pubblico dinanzi all'emergenza sanitaria*, e gli accenni in molti dei contributi del volume *I sistemi multilivello alla prova dell'emergenza*, *op. cit.*

particolare l'inesistenza della funzione di coordinamento e di una pianificazione condivisa. Se l'urgenza di un'azione coesa non ha saputo attivare un dialogo quanto mai necessario nell'interesse del paese¹⁵, ma al contrario ha acceso un conflitto che non trova pari negli altri stati europei con struttura di governo assimilabile al nostro¹⁶, significa che la patologia è strutturale e non episodica, e impone un ripensamento profondo.

A tentare di pacare le controversie emerse su entrambi i fronti precisando l'assetto dei poteri nell'emergenza è arrivato il decreto legge del 25 marzo 2020, n. 19 (poi convertito dalla legge del 22 maggio 2020, n.35).

Da una parte, avendo in mente il modello messo in atto dalla legge del 24 dicembre 2012, n. 234 sui rapporti tra Parlamento e Governo con l'Unione europea, si tipizzano le misure di contrasto alla pandemia attraverso una loro elencazione in un atto di rango primario. Al contempo si «parlamentarizza» il procedimento di adozione dei d.p.c., che ora sono comunicati alle Camere il giorno successivo alla loro pubblicazione, e a queste presentati ogni 15 giorni dal Presidente del Consiglio o da un ministro delegato. Rimane, come strumento da adottare solo in casi di estrema necessità ed urgenza, l'adozione delle misure di cui sopra con ordinanze del Ministro della salute.

Dall'altra si prevedono le misure urgenti che possono essere adottate dagli enti territoriali in caso di aggravamento della pandemia e le relative sanzioni amministrative, specificando che le regioni possono intervenire solo in via restrittiva nelle attività di loro competenza e senza incidere sulle attività produttive e quelle a rilevanza strategica nazionale, mentre ai Sindaci è inibita l'adozione di ordinanze contingibili e urgenti in contrasto con le previsioni statali e regionali, pena la loro inefficacia.

A un anno dal primo *lockdown*, i conflitti istituzionali non paiono però essersi placati, e restano a testimoniare della disabitudine alla collaborazione e di un'incapacità del sistema (forma di governo e sistema delle autonomie) a un adattamento senza traumi anche nelle situazioni estreme.

2. *Lessico e percezione della crisi.* Si accennava al linguaggio, al *logòs* della crisi in atto. Il tema non è affatto secondario. Direi anzi che, nella prospettiva di questi interventi su «strategie e vincoli per le riforme» diventa essenziale, perché dà forma alla diagnosi sull'esistente, e allo stesso tempo influenza lo sguardo con cui si immagina la strada da fare¹⁷.

Per parte mia, ritengo grave e specialmente fuorviante aver assunto, nella narrazione di questi tempi, la logica e la semantica delle «fasi» da attraversare nella crisi¹⁸. L'idea è falsante in più di un senso, e in diverse accezioni.

Innanzitutto il carattere necessariamente temporaneo delle misure straordinarie ci ha portati a guardare ai fatti appena descritti con la sufficienza e la tolleranza di chi pensa che «tanto passerà, si tratta di un

¹⁵ E ciò a dispetto del richiamo del Presidente della Repubblica nella sua nota del nota del Capo dello Stato per i 50 anni delle istituzioni regionali dell'8 giugno 2020, consultabile al sito <https://is.gd/Ap0gNq>.

¹⁶ Si pensi alla Francia, paese con forte inclinazione centralista, che ha reagito alla pandemia riportando su Parigi gran parte delle decisioni (e delle attività sanitarie emergenziali), senza particolari reazioni da parte degli altri livelli di governo. O alla Germania che, diversamente, ha confermato la tenuta e il buon funzionamento del proprio assetto federale, lasciando ampi margini di manovra ai singoli *Länder*, anche per l'intento dichiarato di procedere differenziando le misure di prevenzione.

¹⁷ Che le lingue naturali giochino un ruolo fondamentale nel dare forma al pensiero e alla cultura di una società è un assunto di base dell'intera disciplina semiotica, dai suoi testi fondativi a oggi. Cfr. come riferimenti storici A. J. Greimas, *Sémantique structurale*, Paris, Larousse, 1966 (trad. it., *Semantica strutturale*, Meltemi, 2000), e *Du sens*, Paris, Seuil, 1970 (trad. it., *Del senso*, Bompiani, Milano 1974); U. Eco, *Trattato di semiotica generale*, Milano, Bompiani, 1975 e id. *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Torino, Einaudi, 1984.

¹⁸ In questo senso ho trovato una felicissima conferma nelle parole di G. Marramao, *Rifare il mondo*, in C. Caporale e A. Pigni (a cura di) *Pandemia e resilienza. Persona, comunità e modelli di sviluppo dopo la Covid-19*, Roma, Edizioni del Consiglio Nazionale delle Ricerche, 2020, p.25, il quale propone di «bandire dal nostro lessico categorie fuorvianti come “parentesi”, interruzione” e simili. La radicalità e ampiezza della pandemia determina un punto di svolta tale da pregiudicare le stesse idee di cambiamento, progresso, innovazione come le abbiamo finora intese e praticate. Tutti i nostri modi di vivere e agire subiranno pertanto una trasformazione radicale».

momento». Lo dico, come ho chiarito, ritenendo che si sia assistito a forzature, ma non a *vulnera* irreparabili al nostro sistema delle fonti o addirittura al modello democratico, e comunque rimanendo ben lontano da prospettive francamente apocalittiche¹⁹, ma piuttosto nel timore che la transitorietà del regime d'emergenza abbia contaminato, nella nostra percezione, anche la riflessione su quanto vi sia da fare in futuro. O «dopo», come si direbbe seguendo il ragionare per fasi.

Descrivere l'emergenza - causa giustificante la specialità degli strumenti messi in atto - come una parentesi nell'ordinato svolgersi della vita sociale, politica ed economica rischia di «normalizzare» le patologie istituzionali emerse contenendole nell'eccezione, dando ai segni di malfunzionamento dell'amministrazione pubblica evidenziatisi in questi mesi un valore relativo, legato al periodo straordinario.

E reca un'immagine alterata di come debbano intendersi le riforme che si sono rese evidentemente necessarie a seguito dello *stress test* della crisi sanitaria. L'idea delle fasi provoca - come di fatto ha provocato - un'idea di contingenza per le soluzioni adottate e ce le fa non solo pensare, ma anche progettare per la specificità del momento. Ne risulta un'idea di governo della cosa pubblica di respiro breve e soddisfazione pronta di bisogni transitori, come se gli interessi alla cui soddisfazione si deve tendere mutassero in ragione del diffondersi dei contagi. Diversamente, è sull'ordine di priorità tra interessi che l'emergenza interviene, in un ripensamento che non può far dimenticare il complesso degli altri valori in campo, né legittimare una lettura miope sulle mancanze strutturali del nostro sistema amministrativo. Viziati da anni di politiche fondate sui sondaggi e risposte tanto immediate quanto precarie²⁰, è stato facile - o, peggio, consolatorio - vagheggiare di un determinismo positivo, che interpreta le tragedie come quella in corso quali generatrici in se stesse di un futuro migliore. Oppure arrendersi a un relativismo passivo, per un accidente che si è aperto senza preavvisi e si chiuderà in via definitiva appena saremo vaccinati, lasciandoci ritornare a una normalità sociale, ambientale, sanitaria e quindi ordinamentale. Il tutto in una concezione inerte della resilienza, parola dal potere oramai taumaturgico che nel suo «significato sociale»²¹ è andata via via deviando da qualsiasi idea di *engagement*.

Che ciò sia vero e in sé patologico è provato dalla risposta sentita, tutto sommato forte e sorprendentemente veloce, che molte amministrazioni hanno dato tra marzo e aprile 2020, mettendo in atto in pochissimi giorni soluzioni che consentissero l'adattamento della loro attività, la loro prosecuzione (penso - pur nel tormento che ne è conseguito - alle scuole e all'università, ma al lavoro delle forze dell'ordine) se non il loro rafforzamento (penso al sistema sanitario), per poi tornare senza alcun piano almeno di medio periodo ad accomodarsi nelle solite liturgie, nella quasi inerzia di un'estate quasi normale, o illusoriamente normalizzata.

L'impressione è dunque che ci siamo adattati a ragionare di un attraversamento della crisi, tutti concentrati a costruire gli strumenti (in molti casi effimeri e incerti) che ci facessero oltrepassare la tragedia in atto e, nonostante i molti proclami o il lavoro di immaginazione del futuro affidato a gruppi di esperti variamente costituiti, non ci si è davvero occupati dell'altra sponda, dell'approdo, di cosa costruire una volta che la pandemia avesse smesso di dettarci regole e comportamenti.

Come se ci fosse una normalità, un «prima» a cui tornare. E senza considerare che è proprio quella normalità ad averci portato alla situazione in cui ci troviamo.

In queste brevi note si tenterà allora di raccogliere gli indizi «in positivo» che la crisi ci ha dato, e di offrire una lettura appena organizzata di ciò su cui possiamo contare nella ricostruzione. A mio parere tre sono gli elementi del presente che possono dare forma al futuro, e cioè l'esigenza di avere un'amministrazione

¹⁹ Penso a G. Agamben nel suo *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003 (e in articoli successivi), e alle sue preoccupazioni per la trasformazione dello stato di emergenza in «paradigma normale di governo».

²⁰ In questo senso, sulla teoria della *Customer Sovereignty*, si veda C. Sunstein, *Republic.com*, Princeton, Princeton University Press, 2001, p. 113 (trad. it C. Sunstein, *Republic.com*, Bologna, Il Mulino, 2003). Nella medesima direzione muovono di fatto le posizioni di J. Habermas, sull'agire comunicativo in *Teoria dell'agire comunicativo*, 2 vol., Bologna, Il Mulino, 1986.

²¹ Si vedano gli studi di W.W. Labov, e in particolare *The social stratification of English in New York City*, Cambridge, Cambridge University Press, 3ª edizione, 2006, e *Sociolinguistic patterns*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1972.

pubblica più forte, l'urgenza di una riflessione sul ruolo della scienza e della tecnologia e l'inedita possibilità di contare su più risorse.

Ciò, nella consapevolezza di quanto incerti siano questi tempi che attraversiamo, e quindi accettando il rischio di smentita in un prossimo futuro. Ma pur sempre nella speranza che, invece, si sia davanti a uno di quegli scambi della storia che poi dominano l'agire dell'uomo²².

3. *Più amministrazione.* Partendo dal primo degli elementi ricordati, devo dire innanzitutto che sorprende come da più parti si dia oggi per scontata la richiesta di avere una presenza più forte dell'amministrazione pubblica, mentre per almeno vent'anni abbiamo sentito soltanto predicare il mantra dell'amministrazione leggera, o dello Stato minimo²³.

Basti pensare a quanto diversamente reagimmo alla crisi finanziaria del 2008. In quel momento, l'avvicinarsi al fallimento di molte banche e il crollo delle borse mondiali - originato da fondi di investimento inconsistenti, se non fraudolenti - non vide la smentita delle teorie della scuola di Chicago, ma piuttosto il rafforzamento della convinzione che *the Big Fail* fosse da attribuire al peso eccessivo della regolazione, all'ipertrofia degli apparati pubblici e agli interventi distorsivi dello Stato su mercati capaci invece di autoregolazione ed efficienza. Seguì questa concezione il Fondo Monetario Internazionale (che arrivò a imporre agli Stati più poveri o indebitati tagli severi ai sistemi di *welfare* e alle spese ritenute "parassitarie")²⁴ e, pur con toni e in forme meno drastiche, anche l'Unione europea che, irrigidendosi sui termini previsti dal Patto di Stabilità²⁵, chiese un severo controllo sull'equilibrio di bilancio che colpì specialmente i paesi più esposti sul piano finanziario.

Si assiste così a una drammatica riduzione della spesa pubblica, specie locale, attraverso tagli "lineari" scollegati in molti casi dalla logica della messa in efficienza²⁶. E, per quanto riguarda la considerazione dei principi sull'amministrazione, a un'ascesa che pareva non solo naturale, ma irresistibile, del principio di economicità inteso non tanto come efficientamento della relazione tra costi e risultati, ma piuttosto come assunzione risparmio a valore in se stesso, assoluto, in una parabola che culmina nell'introduzione del *fiscal compact* nel testo costituzionale con la legge costituzionale del 20 aprile 2012, n. 1²⁷.

Oggi diversamente, ciò che da ogni parte si sente invocare e che la stessa Europa ci prescrive è il rafforzamento degli apparati amministrativi.

Il primo passo ufficiale e del tutto inedito della Commissione (poi approvato il 23 marzo 2020 dal Consiglio Economia e Finanza dell'Unione) si è avuto con la sospensione del Patto di Stabilità in base alla clausola

²² La metafora è di M. Weber, *Sociologia della religione*, Torino, Ed. di Comunità, 1982.

²³ Le radici dell'espressione, poi ripresa nel linguaggio politico e giuridico, si trovano in W. Von Humboldt, nel suo carteggio con George Forster in L. Mittner, *Storia della letteratura tedesca. Dal pietismo al romanticismo 1700-1820*, Torino, Einaudi, 1964, pp. 90 ss., ove si prescrive che «lo Stato si astenga da ogni sollecitudine positiva riguardo al benessere dei cittadini, e non compia nessun passo al di là di ciò che è necessario al mantenimento della sicurezza contro se stessi e contro i nemici esterni». Parla esplicitamente de «il grande fallimento dello Stato minimo» M. Mazzucato in *Non sprechiamo questa crisi*, Laterza, 2020, p.91 ss.

²⁴ Dominique Strauss-Kahn, presidente del FMI il 21 dicembre 2008 chiede a tal fine agli Stati di investire in complesso il 2% del PIL mondiale.

²⁵ Il riferimento è al Patto di stabilità e crescita (PSC), stipulato nel 1997 dai paesi membri dell'Unione europea, prevede il controllo delle rispettive politiche di bilancio pubbliche al fine di mantenere fermi i requisiti di adesione all'Unione economica e monetaria dell'Unione europea. Si vedano A. Villa, *Il patto di stabilità e crescita: strumento (improprio) di mediazione di diversi interessi*, in *La Finanza Locale*, 2016, 3, pp. 61 ss.; G. Pitruzzella, *Austerità finanziaria versus crescita economica nel dibattito dell'Eurosistema*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 2, pp. 427 ss.; M. Collevicchio, *La degenerazione del patto di stabilità interno e gli effetti sulle autonomie locali*, in *Comuni d'Italia*, 2005, 12, pp. 40 ss.

²⁶ Per l'Italia alcuni dei riferimenti normativi principali si ritrovano nel decreto-legge 13 agosto 2011, n.138, convertito nella legge 14 settembre 2011, n.148 (cd «manovra bis» o «manovra di Ferragosto»); nel decreto-legge 6 dicembre 2011, n.201, convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n.214 (cd decreto «Salva Italia») e nel successivo decreto-legge 6 luglio 2012, n.95, convertito nella legge 7 agosto 2012, n.135 (cd decreto per la «Spending review»).

²⁷ D. Cabras, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: una regola importante per la stabilizzazione della finanza pubblica*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 1, pp. 111 ss.; P. Canaparo, *La legge costituzionale n. 1 del 2012: la riforma dell'articolo 81, il pareggio di bilancio e il nuovo impianto costituzionale in materia di finanza pubblica*, in *federalismi.it*, 2012 fasc. 13.

di salvaguardia prevista dal Patto stesso per le emergenze. A seguire, la Banca centrale europea ha lanciato il 19 marzo 2020 un programma di acquisto di debito nazionale con una dotazione finanziaria complessiva di 750 miliardi di euro sino alla fine del 2020, che vanno ad aggiungersi ai 120 miliardi stanziati al primo manifestarsi dell'epidemia, per totale di risorse pari al 7,3% del PIL dell'area Euro²⁸.

Sempre col beneplacito dell'Unione, i paesi europei hanno iniziato mettere in campo politiche di contrasto alla perdita di produttività delle imprese causata dal *lockdown*. Rispetto a una geografia fortemente differenziata nel ruolo assegnato allo Stato e agli enti territoriali²⁹, le misure adottate si sono rivelate molto simili. Si va dalle sospensioni dei versamenti fiscali al sostegno nell'accesso al credito, dai finanziamenti straordinari per la cassa integrazione all'aiuto alle persone con redditi più bassi o non garantiti fino al salvataggio delle industrie nazionali strategiche da aggressioni finanziarie straniere. Il tutto a suggerire una ripresa e una nuova legittimazione (quasi un'invocazione) dell'intervento pubblico in economia che, seppure non si immagina né si auspica permanente, ha di fatto condotto a una rinnovata considerazione del ruolo dell'amministrazione come attore positivo e comunque "di garanzia" anche per queste politiche³⁰.

Quasi ovvio dire che, per quanto riguarda i sistemi di *welfare* e sanitari prima di tutto, la richiesta di una presenza più consistente dell'amministrazione si è avuta ancor più forte, assumendo anche (ma raramente) i tratti del rimorso o (più spesso) della rivendicazione e delle accuse per quanto non si era fatto, o si era trascurato.

Ora, se non c'è dubbio alcuno sul fatto che qualsiasi progetto sulla ripartenza debba poter contare su un'amministrazione più forte, presente, capace e produttiva, si deve subito precisare che in questa affermazione non si nasconde alcuna nostalgia per il passato remoto³¹. Non è dunque un ritorno all'antico, al formalismo legalistico (troppo spesso erroneamente identificato come tratto caratteristico del diritto amministrativo) che qui si immagina o si auspica. Né, conseguentemente, si intende accondiscendere a un'espansione non presidiata dell'estensione e delle dimensioni dello spazio pubblico, a un ampliamento senza controllo dei suoi confini che invece, quasi tornando a una *Loi de Rolland*³², andrebbero definiti con attenzione ai bisogni delle diverse comunità anche in modo differenziato. O della sua taglia - che dovrebbe essere misurata, regolata da criteri precisi e calibrata in base a dati oggettivi.

L'esigenza di attrezzare e rafforzare la nostra amministrazione però resta. E porta a chiedersi se questa sia l'occasione per dare il via a una sua riforma complessiva, immaginando un modello generale che rimetta in discussione anche alcuni capisaldi del paradigma organico (pur con ispirazioni diverse e composite) teorizzato e poi realizzato negli anni '90. Oppure se non sia più opportuno procedere per interventi anche consistenti, ma mirati, avendo in mente le criticità che fino ad oggi abbiamo osservato e commentato di quel sistema e le sfide che ci attendono.

Oggi, pur sentendo il dovere di un intervento profondo e continuato nel tempo, per la mancanza di visione e capacità politica rispetto a questi temi e per l'urgenza di un ammodernamento e di potenziamento degli apparati che gestiranno la ripresa, non sembra opportuno procedere per astrazioni. Conviene piuttosto orientarsi verso un approccio «induttivo»³³, che immagini soluzioni anche differenziate, progettate avendo

²⁸ Le misure adottate in Europa sono ben illustrate in Eurofund, *Covid-19: Policy responses across Europe*, 24 giugno 2020, <https://is.gd/yDfDgu>, Commissione europea. Sul tema si veda anche JRC Technical Reports – *The Covid confinement Measure and EU Labour market*, a cura del Covid & Empl Working Group (M. Fana - S. Tolan - S. Torrejón - C. Urzi Brancati - E. Fernández-Macías), 2020, <https://is.gd/KxXa9o>.

²⁹ Si veda in questo senso il rapporto di ricerca del Centro Studi di KREAB al sito <https://is.gd/yuz3P0>.

³⁰ Per una lettura comparativa delle misure adottate nei diversi Stati in risposta alla crisi si veda il rapporto dell'OCSE *Economic Outlook – The world economy on a tightrope*, giugno 2020, <https://is.gd/5sf117>.

³¹ In questo senso anche M. Mazzuccato, *op. cit.*, p.73 s.

³² Le prescrizioni relative alla possibile attivazione di servizi in mano pubblica o privata trova la sua prima illustrazione in L. Rolland, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1934. A seguire molti sono i commentatori che ne hanno trattato come di una norma paradigmatica. Tra questi S. Regourd, *Le Service public et la doctrine: Pour un plaidoyer dans le procès en cours*, in *Revue de Droit Public*, 1987, p.5 ss.; e L. Bezie, *Rolland, théoricien oublié du service public*, in *Revue de Droit Public*, 2006, 4, pp. 847 ss. Ne tratta in Italia in una ampia ricostruzione, D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 127.

³³ Concorda con questa soluzione anche L. Torchia, *Il sistema amministrativo italiano e il Fondo di ripresa e resilienza*, su Astrid on line, disponibile al sito <https://is.gd/i4Hf/6>.

in mente la specificità dei singoli settori e dei diversi livelli di governo, e mirate alla costruzione di un'amministrazione che con forme e strumenti marcatamente finalizzati alla cura di interessi specifici.

Bisogna però anche aggiungere che l'approccio alle riforme attraverso interventi particolari e funzionali a realtà definite, pur non arrivando ad alterare l'unitarietà della disciplina amministrativa, può essere perseguito solo a fronte di un ancoraggio forte ed esplicito a pochi, essenziali principi-guida, reinterpretati e adeguati al tempo presente. Penso appunto, tra tutti, alla differenziazione e alla sua sempre incompleta e insufficiente realizzazione³⁴, in un sistema che sembra aver timore di affrancarsi da schemi consolidati di capacità e responsabilità. Penso alla trasparenza e alla sua funzione strumentale di garanzia per ulteriori plurimi interessi³⁵, che ancora non ha dispiegato a fondo le proprie potenzialità. O alla leale collaborazione, la cui declinazione attuale si è rivelata del tutto insufficiente a governare i fatti che abbiamo raccontato poche pagine fa. E, ancora, penso al buon andamento, che in stretta connessione con la legalità, ben potrebbe divenire il principio cardine di un'amministrazione capace di risposte veloci ed efficaci³⁶ e il primo criterio per l'apprezzamento della sua azione.

Ma penso soprattutto all'uguaglianza. Perché è con un paese che presenterà diseguaglianze fortissime³⁷ che l'amministrazione del post-covid avrà a che fare. E l'amministrazione è il solo soggetto che potrà contrastarle valutando le diverse situazioni, rispondendovi in forma specifica e ponderata e infine agendo in via perequativa, e non puramente distributiva.

È mia convinzione che sia proprio questo bisogno di garanzie, questa richiesta di sicurezza che porti oggi a rivolgere tanta attenzione alle amministrazioni pubbliche, specie territoriali. E sarà solo in questo senso, con risposte adeguate e decise, che queste riacquisteranno legittimazione, e quindi fiducia e autorevolezza. Dico di un'amministrazione autorevole e non autoritaria non a caso, ma perché penso che una delle indicazioni più chiare che ci sono state offerte dalla crisi pandemica mostri la necessità di costruire istituzioni che, in forza della loro capacità, piuttosto che pretendere siano in grado di ispirare comportamenti virtuosi nelle loro comunità di riferimento.

Mi pare poi che l'ipotesi che andiamo seguendo non renda necessario alcun intervento legislativo radicale, né tantomeno la cancellazione di interi blocchi normativi esistenti, quanto piuttosto un ripensamento della relazione tra legge e azione amministrativa.

Ciò implica, innanzitutto, una tecnica di redazione delle norme che riduca al minimo dubbi interpretativi e quindi dissonanze nell'applicazione, per troppa immaginazione - e non giusta discrezionalità - dell'amministrazione destinataria. Per contrasto, lo sforzo deve essere concentrato proprio nell'ampliamento del potere discrezionale, riducendo all'essenziale le prescrizioni vincolanti, il *golden plating* o le leggi provvedimento.

In conseguenza, si deve avere un vero sistema premiale per il raggiungimento dei risultati, a favore di chi si dimostri capace di assumersi i rischi di scelte legittime e appropriate e una definizione più precisa e bilanciata delle responsabilità dell'amministrazione e dei dirigenti in particolare, grazie a norme capaci di contenere l'esercizio della fantasia dei giudici penali o contabili. Muove in questa direzione la recente

³⁴ È infatti ancora attuale la lettura di M. Abrescia, *Governare la differenziazione, l'analisi economica del diritto e il nuovo Titolo V della costituzione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 2003, pp. 9-48 e di F. Cortese, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza come criteri allocativi*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, 5, pp. 843 ss. Per una trattazione ampia del tema si veda E. Carloni, *Lo Stato differenziato: contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, Giappichelli, 2004.

³⁵ Mi si consenta un rinvio a D. Donati, *La trasparenza nella costituzione*, in F. Merloni (a cura di) *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 83-158. Un'interpretazione del principio non sarebbe però aggiornata senza la lettura di E. Carloni, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Diritto amministrativo*, 2019, 3, pp. 497 ss., di cui si veda anche *La trasparenza come risposta all'emergenza*, pubblicato sul sito ANAC <https://is.gd/HHtc8n>.

³⁶ *Ex pluris*, trovo molto completa e profonda la ricostruzione di M. Spasiano, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, su *Ius Publicum*, aprile 2011, anche al sito <https://is.gd/40qHdk>.

³⁷ Si veda il *Report* diffuso il 25 gennaio 2021 da *Oxfam International* in occasione dell'apertura del *World Economic Forum di Davos*, e, a seguire quello di *Oxfam Italia*, al sito <https://is.gd/WqilKz>.

modifica dell'art. 323 c.p.³⁸ che ora riduce l'abuso d'ufficio ai soli casi in cui si siano violate «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

E, infine, si deve semplificare. Che a mio giudizio, dopo tanti tentativi perduti, deve finalmente consistere nella costruzione di organizzazioni capaci di operare nella complessità (questa sì, ineliminabile, anzi crescente), e non ridursi all'eliminazione di adempimenti procedurali (con cui andrebbe perduta la visibilità e l'attenzione per interessi anche rilevanti).

In realtà è proprio sull'organizzazione che, a mio parere, si possono operare – quasi a legislazione immutata – i cambiamenti più significativi.

L'esigenza che più si avverte oggi è quella di costruire apparati capaci di conoscenza e previsione³⁹ (capacità che sono clamorosamente mancate nella gestione della pandemia), di analisi anche tecnica e di intervento plurale. A tal fine occorre dotare le amministrazioni di strutture non più verticalizzate, ma trasversali, intersettoriali o interdipartimentali, che agiscano per missione o «a progetto». E quindi capaci non solo di mettere assieme professionalità diverse, ma anche di condividere soluzioni, tecniche, e soprattutto informazioni, superando così la gravissima mancanza di comunicazione interna e la cronica autoreferenzialità dei dipendenti pubblici.

E poi, ancora, occorre procedere a un *assessment* delle professionalità presenti in seno ad ogni ente, e solo in seguito pianificare un rafforzamento delle stesse, con trasferimenti e reclutamenti calibrati sul fabbisogno reale e concentrati specialmente sui profili più strategici.

Si noti come, pur se si tratta di interventi specifici e non sistematici, si riesce a leggere dietro di essi, a consuntivo, un disegno complessivo coerente. È però altrettanto vero che anche misure di questo tipo richiedono tempo, e un impegno che non sempre il nostro paese ha saputo portare avanti e mantenere fermo. Ragione per cui, in questa contingenza, è bene iniziare senza aspettare norme salvifiche, ma piuttosto iniziando a operare il cambiamento possibile da subito, all'interno delle amministrazioni.

4. *Più scienza e più tecnologia.* Che la crisi sanitaria abbia portato in luce quanto sia cruciale la relazione tra scienza e tecnologia da una parte, indirizzo e gestione della cosa pubblica dall'altra mi pare sia davanti agli occhi di tutti.

Ora scienza e tecnologia non sono ovviamente termini equivalenti⁴⁰: laddove la prima tenta di decifrare la complessità del reale, del mondo com'è, la seconda realizza dispositivi che, diversamente, nascondono quella stessa complessità, dandovi apparenza più amichevole e maneggiabile. Per questa ragione, distinguerei anche le mie annotazioni in due direzioni.

Rispetto al rapporto fra scienza e amministrazione, la diffusione del covid ci ha messo davanti a uno scenario senza precedenti, in una combinazione di fiducia, asservimento, ribellione e sospetto. E ciò, perché in questa relazione si confrontano due metodi profondamente diversi⁴¹.

³⁸ La modifica dell'abuso d'ufficio si è avuta in forza della previsione di cui all'art. 23, comma 1, decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni nella legge 11 settembre 2020, n. 120.

³⁹ Si veda a questo proposito il punto 3 delle *Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016*, pubblicate dall'ANAC il 28 dicembre 2016, al sito <https://is.gd/pprbhp>.

⁴⁰ Spunti interessanti sul tema, A. C. Amato Mangiameli, *Tecno-diritto e tecno-regolazione. spunti di riflessione - some remarks on techno-law and techno-regulation*, Atti del XXX Congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto *Limiti del Diritto*, Lecce, 15 al 17 settembre 2016, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2017, 1, pp 87 ss.; F. Cortese, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati - From bioethics to biolaw: on the juridification of scientifically and technologically conditioned interests*, in *Rivista AIC*, 2015, 4.

⁴¹ Pur non potendo qui riassumere l'ampissimo dibattito che nel tempo si è svolto su questi profili, ricordo appena, in prima battuta il bellissimo confronto di E. Severino, N. Irti in *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001. Ha ragionato molto sul tema anche S. Rodotà nel suo *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, Laterza, 2004. Infine ricordo le acutissime riflessioni di G. Finocchiaro, *Il diritto dell'informazione*, in *Riflessioni su diritto e tecnica*, 2012, 4-5, p. 831 ss.

Per parte sua, il metodo scientifico mira a determinare verità universali o almeno statisticamente affidabili, e guarda alle categorie giuridiche come al prodotto di un'operazione di tecnica quasi artigianale che opera sulla base dei saperi disponibili. Diversamente nelle discipline umanistiche e sociali, il metodo vuole che l'autore (il legislatore nel nostro caso) sia in qualche modo chiamato a ricreare i concetti, lasciando ai risultati della scienza il compito di supportare, o al più indirizzare e precisare le proprie determinazioni, visto che muove da uno o più assunti indimostrati e comunque relativi nel tempo e nello spazio. Si pensi, tra tanti esempi possibili, alla scelta dei valori da affermare e garantire in Costituzione, che avviene basandosi sul sentire di ciò che è giusto da parte di una certa comunità in un determinato momento storico⁴².

È proprio in questa divergenza che possiamo ricercare una delle ragioni di progressivo scollamento dei comportamenti individuali e sociali dalle prescrizioni del Comitato Tecnico Scientifico⁴³, o dalle indicazioni dei medici, se è vero che l'intento di far accettare un comportamento perché utile o logico non riesce a prevalere sulla necessità di far percepire quel comportamento come giusto. Da qui, come si è detto, la necessità di istituzioni autorevoli, e direi «etiche»⁴⁴, capaci di suscitare il senso del giusto prima e oltre il comando.

Il problema diviene allora andare a verificare se, come e in che misura il diritto possa divenire sistema limitato o quantomeno orientato dalla scienza. Su questo profilo il nostro ordinamento non ha ancora assunto una posizione o almeno un'interpretazione univoca. Così, a fronte di un atteggiamento variabilissimo del legislatore tra leggi fortemente ancorate a concetti scientifici e altre al contrario vaghe, ben poco attente alle definizioni offerte da altre discipline o anche volutamente indeterminate⁴⁵, si registrano in giurisprudenza risposte molto diverse.

Da una parte si ribadisce la prevalenza dell'elemento umano nelle decisioni. Il caso paradigmatico è, in questo caso, la famosa sentenza Franzese (Cass. Sez. Un, n. 30328 del 10/07/2002)⁴⁶, in cui la Corte di Cassazione tenta di fissare le tavole dell'argomentazione tecnico-scientifica in relazione alla determinazione giuridica. Qui in estrema sintesi, i giudici della Suprema Corte distinguono i risultati che la scienza propone al legislatore e ai giudici tra «leggi universali» - invero assai rare - che affermano verità oramai incontestabili, e «leggi statistiche» con le quali si afferma l'altissima probabilità di casi in cui una certa verità si manifesta e per le quali alla regola del *beyond any reasonable doubt* viene a sostituirsi un criterio di probabilità logica.

Le Sezioni Unite colgono così l'occasione per rigettare la soluzione espressa con la tralaticia formula delle «serie e apprezzabili probabilità di successo»⁴⁷, ribadendo come pretese difficoltà di prova non possano mai legittimare un'attenuazione del rigore nell'accertamento del nesso di condizionamento necessario e, con essa, una nozione «debole» della causalità.

Si afferma in altri termini che anche il calcolo probabilistico più accurato non può mai sostituire il ragionamento induttivo – indiziario e che, a tutti gli effetti, la regola *ex machina* deve arrestarsi a fronte del

⁴² In questo senso parla di «spirito della costituzione» come «fatto culturale» che P. Haberle nel suo *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, Carrocci, 2005. Id. si veda anche *Il costituzionalismo come progetto della scienza*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 18, 1 anche al sito <https://is.gd/gViDM3>. Per Haberle sono questi caratteri a conferire alle Carte fondamentali quel carattere di stabilità testimoniato anche dalle «clausole di eternità» che compongono l'identità dell'ordinamento statale.

⁴³ Istituito con Decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020, con competenza di consulenza e supporto alle attività di coordinamento per il superamento dell'emergenza epidemiologica dovuta alla diffusione del Coronavirus.

⁴⁴ L'etica qui è intesa nel senso indicato da F. Merloni e A. Pirni nel recentissimo *Etica per le Istituzioni. Un lessico*, Roma, Donzelli editore, 2021.

⁴⁵ Su questo concetto, o *unbestimmter Rechtsbegriff*, si vedano tra gli altri H. Ehmke, *Discrezionalità e concetto giuridico indeterminato nel diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 2005; W. Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmassigkeitsverwägung: zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und Verfügungen: eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1913; L. Lombardi Vallauri, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Jus*, 1999, 25 ss.

⁴⁶ Cass. Pen., S.U., 11.9.2002, n. 30328, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, pp. 1133 ss.

⁴⁷ Formula utilizzata per la prima volta nella sentenza «Silvestri» in materia di causalità omissiva (Cass. Pen., Sez. IV, 12.07.1991, n. 371, in *Il Foro Italiano*, 1992, vol. 115, pp. 363 ss., con nota di I. Giacona, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente*).

giudizio espresso dalla mente umana. Ne consegue che, se la probabilità logica è categoria concettuale radicalmente distinta dalla probabilità statistica ed entrambi i controlli sono necessari, anche livelli elevati di probabilità statistica, pur configurando un rapporto di successione tra eventi rilevato con regolarità o in un numero percentualmente alto di casi, richiedono sempre in ultima istanza che il giudice ne accerti il valore eziologico effettivo. E quindi - aggiungo io - occorre che la decisione politica, a fronte di indicazioni pur fondate degli scienziati, si fondi comunque sull'assunzione in proprio della responsabilità per la scelta fatta, come nel caso dell'affermazione di preferenza di un diritto costituzionale a scapito di un altro.

Appare così evidente come nelle scienze naturali la spiegazione statistica assuma a fondamento un carattere quantitativo, mentre per le scienze sociali come il diritto, ove il *relatum* è costituito da un comportamento umano, è evidente l'inadeguatezza di un metodo basato su coefficienti numerici predefiniti a motivare la determinazione assunta.

Su posizioni significativamente distinte si attesta però la Corte Costituzionale, che nella sentenza del 1 dicembre 2014, n. 274 (il cosiddetto caso Stamina)⁴⁸ chiudendo le porte a una deriva di incondizionata discrezionalità dei giudici sulla praticabilità del metodo terapeutico, afferma la prevalenza della scienza sulla valutazione di questi.

Così decidendo sulla composizione della conflittualità non solo potenziale tra scienza e diritto, la Corte costituzionale riprende in realtà alcune sue decisioni precedenti in cui l'attenzione era rivolta specificamente alla relazione tra scienza e attività legislativa. Inaugurata con la sentenza n. 282 del 2002, questa linea giurisprudenziale si è andata rafforzando nel tempo con le pronunce sulla legge in materia di procreazione medicalmente assistita (sentt. n. 151 del 2009 e n. 162 del 2014). In queste si chiarisce ripetutamente che le «decisioni sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non potrebbero nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore», bensì dovrebbero prevedere «l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi (...) a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici».

Corollario - aggiungo io - è che qui la scienza si appalesa come limite esplicito e invincibile alla capacità legislativa, la cui autonomia risulta fortemente vincolata alle acquisizioni "in laboratorio", se è vero che «non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni». Il tutto - almeno nei casi in esame - senza mai piegare il diritto costituzionale alla salute alle esigenze di un diritto soggettivo alla speranza, di dubbia rilevanza, incerta consistenza e, francamente, nemmeno del tutto accettabile.

Alla luce di queste interpretazioni divergenti, restiamo così privi di indicazioni coerenti e univoche. Ne consegue il richiamo costante e giustificante della politica alle decisioni per molti versi imperscrutabili del Comitato Tecnico Scientifico. O al tentativo di rimettere a criteri vincolati o ad algoritmi⁴⁹, la classificazione in zone delle regioni, in una obiettivazione comprensibile che reca però a un'autoassoluzione non sempre ammissibile.

Il che ci porta a esaminare l'altro profilo, quello della tecnologia che, nella contingenza di questi tempi, precipita essenzialmente in qualche considerazione sulla digitalizzazione (dell'amministrazione innanzitutto), altro fattore presente in qualsiasi *report* prodotto a prognosi del futuro e poi, come vedremo, imposto dalle raccomandazioni dell'Unione Europea per l'utilizzo del *Recovery Fund*.

A me pare si possa dire che mai un'innovazione sia stata così accelerata dai fatti, forzata dalla realtà, dopo anni di tentativi ripetuti e in gran parte sterili del legislatore di trasferire in codice binario parte dell'attività

⁴⁸ Corte Cost., 01.12.2014, n. 274, disponibile sul sito <https://is.gd/yuTyot>.

⁴⁹ Ben nota, ma comunque opportuna da ricordare, è la sent. n. 8472 del 13 dicembre 2019 della Sezione VI del Consiglio di Stato con cui si mette un punto fermo al problema dell'ammissibilità degli algoritmi nell'ambito di un procedimento amministrativo e, più nello specifico, sulla valutazione di legittimità dell'adozione di un algoritmo per lo svolgimento di un'attività amministrativa. A tal fine, il Consiglio di Stato impone la considerazione dei principi di conoscibilità (dell'utilizzo di processi decisionali automatizzati), di non esclusività della decisione algoritmica e, infine, non discriminazione algoritmica,

amministrativa o, almeno, di affiancare queste soluzioni a quelle tradizionali. A partire dal decreto legislativo del 7 marzo 2005, n. 82, con quell'altisonante titolo di «Codice dell'Amministrazione digitale» e l'intento malcelato di digitalizzare il paese digitalizzando l'amministrazione, abbiamo prodotto una serie di disposizioni complesse⁵⁰ che però hanno mostrato un'incapacità sostanziale nel provvedere ai passi necessari per portare l'Italia a livelli consistenti nell'uso delle ICT⁵¹.

Un errore che si è fatto consiste a mio parere nella poca attenzione ai dettagli delle politiche fin qui condotte, che intervengono in modo unitario e omologante sul tema, mentre (anche) sotto questo profilo né l'amministrazione né la società italiana sono un insieme omogeneo. Quindi - tornando al lessico - sarebbe innanzitutto più opportuno usare il plurale, per progettare e realizzare "digitalizzazioni" calibrate.

Uno sguardo più attento - pur già tempo condiviso dalle organizzazioni internazionali - rivela poi che operare per la digitalizzazione significa intervenire su due fronti distinti, uno infrastrutturale e uno "culturale", o sociale.

Sotto il primo profilo si impone la copertura di tutto il territorio con linee se non ad altissima velocità e capacità, almeno sufficienti. E poi, per quanto riguarda l'amministrazione in particolare, comporta il far far condividere applicazioni e banche dati attraverso sistemi di elaborazione obbligatoriamente dialoganti, lasciando per il resto adattare la forma, la struttura e la semantica digitale alla specificità dei luoghi e dell'attività.

L'intervento sotto il profilo «culturale» deve invece tendere all'abilitazione dei funzionari, e solo successivamente alla rivisitazione delle forme in cui si svolgono i procedimenti o si erogano i servizi, nel rispetto del ben noto (ma ancora non propriamente affermato) principio del *digital first*⁵². Allo stesso tempo però, proprio come richiesto dal Codice, si deve promuovere l'alfabetizzazione e poi l'emancipazione digitale dei cittadini, vero nodo dell'evoluzione tecnologica nel nostro paese. Ciò comporta da una parte la garanzia per tutti del diritto di accesso alla rete (pur ritenuto da alcuni⁵³ come «un falso problema» risolubile dalla tendenza espansiva del mercato) e, dall'altra, il rafforzamento di sistemi sostanzialmente pedagogici, di introduzione e accompagnamento all'uso consapevole della rete, come pare accennare la stessa Corte costituzionale nella sentenza del 9 novembre 2016, n. 251/2016⁵⁴ in qualcuno ha voluto trovare le fondamenta per un passaggio alle logiche del *digital must*.

Si tratta anche in questo caso di un'azione lunga, che giunge a rivedere non solo il modo con cui interagiamo con le amministrazioni pubbliche, ma anche la percezione degli spazi, le dinamiche del lavoro e di vita delle persone, nella consapevolezza che, in rete, le debolezze e le diseguaglianze «reali» delle persone si moltiplicano e si amplificano in modo esponenziale. Si pensi in questo senso al passaggio drammatico -

⁵⁰ Tra le principali disposizioni in materia di digitalizzazione si ricorda, sull'organizzazione della p.a., D.l. 09/02/2012, n. 5, Art. 47-ter. - Digitalizzazione e riorganizzazione, Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo, convertito in L. 04/04/2012, n. 35.; sulla giustizia, Art. 4 Misure urgenti per la digitalizzazione della giustizia, D.L. 29/12/2009, n. 193, Interventi urgenti in materia di funzionalità del sistema giudiziario, art. 19, Disposizioni in materia di processo civile telematico, D.L. 27/06/2015, n. 83, Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria, art. 44, Digitalizzazione delle procedure, D.Lg. 18/04/2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, ; sui conti pubblici, l'introduzione dell'obbligo della fatturazione elettronica in forza dell'art. 1, commi da 209 a 213, della legge 24 dicembre 2007, n. 244.

⁵¹ Si vedano i dati sconcertanti del DESI (Indice di digitalizzazione dell'economia e della società) rilevati dall'Unione Europea, che ci collocano, nel 2018, al quart'ultimo posto tra i paesi membri. Cfr. il sito <https://is.gd/FZbCD3>.

⁵² Si vedano le disposizioni in parte disattese da molte amministrazioni della l.124/2015 (cd. Legge Madia) con cui, modificando il Codice dell'amministrazione digitale si intese «garantire ai cittadini e alle imprese, anche attraverso l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, il diritto di accesso a tutti i dati, i documenti e i servizi di loro interesse in modalità digitale, nonché al fine di garantire la semplificazione nell'accesso ai servizi alla persona».

⁵³ Così M. Cuniberti, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* (II), 2015, 2, pp. 278 ss. Di diversa opinione si dimostrò S. Rodotà che, all'*Internet Governance Forum* Italia tenutosi a Roma il 9 novembre 2010 propose un'integrazione al testo costituzionale con l'art.21 *bis* che proprio a questa garanzia mirava.

⁵⁴ Corte Cost., 9.11.2016, n. 251, disponibile a <https://is.gd/1UAIXa>

vissuto in questi mesi - dal *work-life balance* al *work-life blending* o alla cosiddetta *time porosity*, appena mitigate da un nascente diritto alla disconnessione⁵⁵.

Ma proprio per questa ragione non si deve cadere nell'inganno di pensare che abbattendo il *digital divide*⁵⁶, infrastrutturale o sociale che sia, si possano sanare anche le disparità non virtuali (di reddito, territoriali, di genere ma anche di conoscenza, capacità, accesso al lavoro) che la società dei prossimi anni presenterà. È semmai vero l'inverso, e cioè che – proprio in omaggio a una concezione rinnovata dell'uguaglianza - si deve agire «nel reale» per rafforzare le garanzie individuali, in ciò espandendole anche alla loro dimensione digitale.

Una questione finale non può essere trascurata. Ed è l'inquietudine che discende dal nostro costante riferirci alla rete (o alla "Rete") e alle tecnologie digitali in genere come a un elemento terzo, estraneo, dotato di vita propria, quasi fosse un soggetto dai caratteri definiti, cristallizzati, invincibili e immutabili⁵⁷. Forse anche in questo caso per la cattiva percezione causata da un lessico deviante che separa reale e virtuale, dobbiamo di fatto compiere uno sforzo per accettare che non esiste "la rete in sé", né esiste alcuna tecnologia digitale se non nel contesto e nel quadro regolativo in cui le si fanno operare. In cui decidiamo che esista. In questa falsa percezione le amministrazioni (come noi tutti) si trovano a utilizzare strumenti, *hardware* e *software*, ma anche dinamiche di comunicazione create e strutturate da privati con il (giusto) scopo del profitto. La accettazione passiva di questi elementi strutturali in sé impositivi, della «architettura» della rete, del «codice» di Lessig⁵⁸ diviene così, per esse (e per tutti) elemento generatore di regole non volute che comunque alterano lo svolgersi della loro azione, e poi complicazioni, ritardi, fraintendimenti. Quindi, sarebbe opportuno metter in discussione forma e funzionamento di questi dispositivi, fino a giungere all'ipotesi di una loro regolazione attenta, e poi a una loro realizzazione «a misura» sui bisogni e le specificità di chi opera nell'interesse pubblico.

5. *Più risorse*. Infine è innegabile che, per l'impegno dell'Unione Europea nel senso sopra descritto, l'amministrazione potrà contare, per uscire dalla crisi, su una disponibilità di risorse senza precedenti.

Mentre scriviamo, il testo dei progetti con cui l'Italia intende accedervi e utilizzarle è ancora provvisorio. Il 13 ottobre 2020 le Camere hanno approvato la proposta di *Linee guida per la definizione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)* elaborata dal Comitato interministeriale per gli affari europei, in coordinamento con vari ministeri e le rappresentanze di regioni ed enti locali. La prima vera e propria proposta di PNRR, approvata dal Consiglio dei Ministri il 12 gennaio scorso e attualmente all'esame del Senato, è però parsa da subito insufficiente e troppo generica, ed è ben evidente come il nuovo esecutivo sotto la guida di Mario Draghi nasca anche (forse soprattutto) con l'intento di rivederla in profondità.

Per parte sua, lo stesso presidente del Consiglio dei Ministri durante la presentazione del programma di governo al Senato il 17 febbraio per il voto di fiducia ha precisato che la gestione del Piano sarà «incardinata nel ministero dell'economia e finanza con la strettissima collaborazione dei Ministeri competenti che definiscono le politiche e i progetti di settore» e che «il Parlamento verrà costantemente informato sia sull'impianto complessivo, sia sulle politiche di settore»⁵⁹. Viene così definitivamente abbandonata l'idea di

⁵⁵ Come proposte di lettura si vedano L. Foglia, *La "privacy" come limite alla subordinazione: diritto alla disconnessione e rifiuto della prestazione*, in *dirittifondamentali.it*, 2020 fasc. 2, pp. 105 – 120; M. Russo, *Esiste il diritto alla disconnessione? Qualche spunto di riflessione alla ricerca di un equilibrio tra tecnologia, lavoro e vita privata.*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2020 fasc. 3, pp. 682 – 701; L. Caputo, *Il diritto alla disconnessione: dai contratti collettivi a una possibile tutela generalizzata*, in *giustiziacivile.com*, 2020 fasc. 11, pp. 1 – 18.

⁵⁶ Per definizioni ampiamente condivise si vedano A. Leggio in *Globalizzazione, nuova economia e ICT*, Milano, Franco Angeli, 2001, pp. 78, secondo cui il *digital divide* è «l'insieme delle disuguaglianze indotte sulla società in base al livello di partecipazione alla società tecnologica da parte di individui, famiglie, imprese e istituzioni, nonché in riferimento alla presenza di barriere di accesso». Questa definizione è citata e ripresa anche da P. Zocchi in *Internet: la democrazia possibile*, Guerini e Associati, Milano, 2003, p. 62.

⁵⁷ In questo senso anche Cuniberti, *op. cit.*, p. 280 ss.

⁵⁸ Si veda il famosissimo saggio di L. Lessig *Code and Other Laws of Cyberspace*, di cui esiste oggi la versione 2.0, Basic Books, New York, 2008 in cui espone per la prima volta la sua teoria dei *pathetic dots*.

⁵⁹ Si veda il resoconto del discorso al sito del Sole24ore <https://bit.ly/3s5fEvn>.

dare vita ad un organismo *ad hoc* il cui profilo appariva comunque incerto, nelle competenze e nella composizione. Il che è una buona cosa, visto che la diserzione dagli apparati ministeriali e amministrativi esistenti sarebbe stato il segno di una resa invincibile e a priori⁶⁰, che muove in direzione esattamente contraria all'esigenza qui ricordata e obiettivamente fortissima di ricostruire la fiducia dei cittadini nelle istituzioni centrali e locali.

È dunque sulla consistenza organizzativa, la speditezza dei procedimenti e l'efficacia degli strumenti assegnati agli apparati in essere che si deve intervenire, cogliendo questa occasione - come, d'altra parte, chiede l'Unione - per riformare l'amministrazione che abbiamo.

La sfida, in sé già molto impegnativa, si presenta specialmente complessa rispetto alla definizione di quelli che saranno i tratti e le forme dell'intervento pubblico sull'economia, in un paese che da decenni manca di una seria politica di settore e che oggi si trova nell'urgenza di avviare una riflessione senza pregiudizi sul rinnovato equilibrio da ricercare tra regolazione dello Stato e autonomia degli operatori di mercato⁶¹. Eppure è proprio a questa riflessione che oggi siamo chiamati, sapendo che si svolgerà gravata dall'urgenza per le scadenze comunitarie, l'affanno per la posta in gioco e ancora l'ampiezza del quadro su cui si dovrà agire, inedito al punto da consentirci di formulare soltanto ipotesi approssimative.

Penso così all'esigenza di reinventare molte filiere, dal turismo al commercio, approfittando del *reshoring* causato dalla diffidenza per lo scenario internazionale che riporterà l'attenzione sulle economie locali. È però facilmente prevedibile che il numero delle transazioni *online* continuerà a essere comunque alto, con l'effetto - auspicabile - di un aumento della tracciabilità fiscale. Penso a un ritorno alla territorializzazione dei servizi sanitari e alla persona e, in questo, a una diversa relazione con gli attori del privato sociale, mentre sul fronte infrastrutturale sembra indispensabile una riprogettazione in forma più sostenibile dei sistemi di trasporto urbani e nazionali. Il tutto mentre sotto il profilo della politica monetaria si profila un eccesso di liquidità che ci esporrà al rischio di bolle speculative da contenere a ogni costo, anche in ragione di un debito pubblico che sarà (anzi è già) marcatamente aumentato.

In questa indeterminatezza sulla strumentazione da predisporre e le condizioni in cui opereremo, l'unico elemento di certezza a cui dobbiamo riferirci sono le priorità poste prima dalla Commissione europea con i suoi *orientamenti per i Piani di ripresa e resilienza degli Stati membri* del 17 settembre 2020 (in cui si fissa al 30 aprile 2021 il termine per la presentazione dei PNRR degli Stati) e poi dal *Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (RFF)*⁶², n.2020/0104, approvato in via definitiva il 10 febbraio scorso (analogo al primo per i contenuti che qui rilevano) con cui si dà il via alla parte più corposa del *NextGenerationEU Plan* (672,5 miliardi di euro su 750)⁶³.

Il documento dispone che il contributo in sovvenzioni e prestiti per investimenti pubblici e riforme sarà riconosciuto agli Stati, secondo le quote già stabilite, sulla base di progetti di investimento inerenti a sei aree di intervento di pertinenza europea, e cioè la transizione verde (per almeno il 37% della dotazione di ciascun piano), la trasformazione digitale (per almeno il 20%), l'occupazione e crescita intelligente,

⁶⁰ L. Torchia, *op.ult. cit.*, p.5 parla de «l'amministrazione che non c'è», rilevando come, per la frenetica voglia di consenso immediato della politica, «se gli apparati e le regole esistenti non funzionano e non possono essere trasformati nel tempo utile per trarne un dividendo politico, si va fuori dall'amministrazione e dalle regole che ci sono» rifugiandosi nella proliferazione di «Agenzie, amministrazioni di missione, *task forces*, unità, nuclei, comitati, commissioni, conferenze, fondazioni e, da ultimo, soprattutto commissari».

⁶¹ La dottrina giuspubblicistica ha discusso il tema a lungo e con molta attenzione. Si vedano, per una ricostruzione ampia delle forme e delle idee che hanno caratterizzato il dibattito, i contributi contenuti in M. Cafagno e F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze University Press, 2016, V volume della collana di studi a cura di L. Ferrara e D. Sorace *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*. Tra i lavori più recenti *ex multis* si devono segnalare S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2014 e G. Tesaurò, M. D'Alberti (a cura di) *Regolazione e concorrenza*, concorrenza, Bologna, Il Mulino, 2000.

⁶² Vedi al sito <https://bit.ly/3dlR99j>.

⁶³ I restanti stanziamenti graveranno rispettivamente su REACT-EU per 47,5 miliardi, Orizzonte Europa per 5 miliardi, InvestEU per 5,6 miliardi, Sviluppo rurale, per 7,5 miliardi, il Fondo per una transizione giusta per 10 e RescEU per 1,9 miliardi.

sostenibile e inclusiva, la coesione sociale e territoriale, salute e resilienza e, infine, politiche per la prossima generazione, l'infanzia e i giovani, comprese l'istruzione e le competenze.

Inoltre per l'attribuzione delle risorse previste, i piani devono contenere misure dettagliate da adottare in risposta a un «sottoinsieme significativo» delle raccomandazioni-Paese formulate dall'Unione Europea nel biennio 2019-2020. In tal senso, all'Italia è richiesto di intervenire su diversi fronti, che vanno dal miglioramento dell'ambiente imprenditoriale e il rafforzamento del mercato, dei prodotti e dei servizi alla riduzione delle tasse sul lavoro e l'incremento all'occupazione, mentre in via «trasversale» si sottolinea con decisione la rilevanza di interventi «nel settore della pubblica amministrazione, della giustizia e della concorrenza» e la messa a punto di una forte politica di investimenti nei settori strategici.

In realtà, nel definire queste priorità, sia gli *Orientamenti* della Commissione che il Regolamento del Parlamento e del Consiglio, si spingono – per vie e con tecniche diverse - a imporre regole molto precise anche nel merito dei Piani nazionali. Da una parte la Commissione europea specifica sette «sfide comuni» a cui puntare (ovvero *Power up, Renovate, Recharge and refuel, Connect, Modernise, Scale-up, Reskill and upskill*) che, a ben vedere, rappresentano altrettante indicazioni sulla natura delle politiche da mettere in atto. Dall'altra, si prescrive l'istituzione di adeguati sistemi di controllo per «la prevenzione, l'individuazione e la rettifica di casi di corruzione, frode e conflitto di interessi». Infine, chiarendo le tecniche di redazione richieste e i criteri con cui l'Unione valuterà i Piani nazionali, si sottolinea l'importanza di mettere a punto un calendario di adempimenti puntuali e di rendere evidenti e dettagliati gli elementi qualitativi dei progetti, avendo in mente la loro concreta fattibilità.

Questi adempimenti solo apparentemente formali sollecitano la nostra attenzione su un profilo di debolezza cronica del nostro sistema amministrativo, specialmente nell'intervento in economia: l'assenza di una cultura della programmazione⁶⁴ e di una pratica della pianificazione. Ricordo appena come in letteratura⁶⁵ la pianificazione, quale strumento di reazione alle evoluzioni del mercato, sia sovente collegata a periodi di relativa stabilità economica. Le prime esperienze d'epoca recente si identificano infatti nei programmi realizzati dalle grandi imprese negli anni '50 e '60 del secolo scorso in cui si ritenevano possibili previsioni affidabili di lungo periodo. Le stesse però vengono a perdere progressivamente forza e diffusione a partire dallo *shock* petrolifero del 1973, che smentisce clamorosamente la quasi utopia dei decenni precedenti, lasciando progressivamente il posto a piani di più breve respiro, e all'approccio a più ipotesi alternative dei futurologi di Stanford e di Herman Kahn⁶⁶.

Tutto questo per dire che ci troviamo nell'esigenza non solo di compiere un salto qualitativo nelle tecniche di programmazione, ma anche di assumere la pianificazione come metodo *standard* per l'agire pubblico in una congiuntura che non è proprio ideale. Il che deve ci deve convincere dell'opportunità di operare, nei limiti concessi dalle disposizioni europee, ammettendo nei progetti margini fisiologici di flessibilità e adattamento, strumenti di correzione e variazione, e anche meccanismi di emergenza e soluzioni alternative.

Resta per ultimo, ma solo in queste note, il tema delle scelte di orientamento della nostra economia, che potranno e dovranno guardare all'evoluzione del sistema anche oltre il sostegno comunque temporaneo offerto dai fondi europei. Il che ci porta a riconsiderare l'art.41 Cost in chiave post-pandemica, non soltanto

⁶⁴ Si veda per una lettura generale e fondante M. Carabba, *Programmazione economica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987. Su diverse prospettive si veda G. Napolitano, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, p. 695 ss.

⁶⁵ Al tema, pur trattato con diverse declinazioni, la dottrina amministrativistica ha offerto prestate considerazioni. Tra tutti si ricordano innanzitutto M. S. Giannini, voce *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, p. 630 ss e M. Stipo, voce *Programmazione statale e programmazione regionale*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, Treccani, 1991. Da segnalare sono poi senz'altro A. Bartolini, *Questioni problematiche sull'efficacia giuridica della pianificazione strutturale e operativa*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2007, 3, 262; V. Cerulli Irelli, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 386; C. Cudia, *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato* in questa rivista, 2008, I, 264-314; V. Mazzarelli, *L'urbanistica e la pianificazione territoriale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte Speciale, Tomo IV, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 3335 ss, M. Tucci, *Programmazione amministrativa e pianificazione del territorio*, Torino, Giappichelli, 2003.

⁶⁶ Per tutti si vedano. *Thinking about the unthinkable*. Horizon Press, 1962; *On escalation: metaphors and scenarios*. Praeger., 1965; (with A. Wiener) *The Year 2000: a framework for speculation on the next thirty-three years*, MacMillan. 1967.

quale prerogativa soggettiva, come diritto di libertà di iniziativa economica, ma anche - secondo una lettura già condivisa dalla Corte costituzionale⁶⁷ - nella sua dimensione oggettiva, che attribuisce valore e protezione costituzionale al modello di un'economia di mercato aperta alla concorrenza che non deve però dimenticare il perseguimento di quei «fini sociali» verso cui può essere indirizzata e coordinata⁶⁸.

Specie in momenti come quelli a cui andiamo incontro, il fulcro della scelta da compiere sta tutto nel bilanciamento tra queste due letture, e si declina in una lettura dell'«utilità sociale» che impone, tra l'altro, di favorire non solo l'assestamento, ma anche la crescita dimensionale delle nostre imprese, con ricadute positive in termini occupazionali; incentivi mirati non solo a migliorare la quantità ma anche la qualità del lavoro e quindi una attenzione speciale al settore dell'istruzione tecnica e agli scambi tra università e imprese; un programma di investimenti pubblici da realizzare in *partnership* con il settore privato; incentivi chiari e ben specifici per la *green* e *orange economy* e ancora forme di credito agevolato da parte degli intermediari bancari e finanziari per promuovere gli investimenti in linea con gli obiettivi di sviluppo del paese.

Alla programmazione (o ai «programmi» di cui al comma 3, art. 41 Cost.), che è «funzione-obiettivo» fondata su analisi e posizioni precise di politica economica, e serve a orientare e sostenere le attività economiche (anche) verso finalità di utilità sociale⁶⁹, deve perciò accompagnarsi la regolazione.

Pur se mirata a intervenire sulle dinamiche libere e spontanee dell'iniziativa economica privata, rispetto alle quali deve restare sussidiaria, nella prospettiva qui adottata anche la regolazione deve essere declinata in una duplice prospettiva. Economica – per il mantenimento dell'efficienza dei mercati attraverso la correzione di eventuali distorsioni. E sociale – grazie a misure di «riequilibrio delle condizioni di esternalità rispetto a beni e interessi pubblici (sicurezza, ambiente, salute ecc.) che non possono essere sacrificati (*rectius*: utilizzati o consumati senza costo)»⁷⁰.

In entrambi i casi però, proprio per la mutevolezza della situazione e la sensibilità della materia, si immagina un quadro che vede la legislazione muovere con norme generali, di principio (tranne che nella definizione di contributi o incentivi), lasciando all'amministrazione il compito di tradurre tali disposizioni in determinazioni e scelte puntuali, in ragione della situazione di contesto in cui le stesse si troveranno a operare.

⁶⁷ In tal senso muovono già le decisioni che identificano il principio del «corretto funzionamento del mercato» (sentt. n. 110 del 1995 e 236 del 1996) come oggetto della tutela, e lo collegano al criterio dell'utilità sociale

⁶⁸ Il tema è al centro di una vastissima produzione dottrinale, della quale qui ricordiamo appena S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, op. cit.; G. Corso 2006, *La tutela della concorrenza*, in G. Corso, V. Lopilato (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, I, Milano, Giuffrè; M. Clarich, B. G. Mattarella, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2013, 1, p.363 ss, M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008. Specificamente per la prospettiva qui ricordata si veda M. Libertini, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del decreto Alitalia*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, 4, pp. 3298 e Id. più in generale, *Concorrenza e coesione sociale* Relazione al seminario sul tema *Diritti e coesione sociale*, Firenze, 8 e 9 giugno 2012 ora pubblicato su *Persona e mercato - rivista online*, 2005, 1, al sito <https://bit.ly/3bi5mBp>; F. Cintioli, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in *Diritto e società*, 2009, 3-4, pp. 373 ss.

⁶⁹ Così M. Stipo, op. cit.

⁷⁰ Così P. Lazzara, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in M. Cafagno e F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, cit., p.117 ss. che a sua volta richiama per la specificazione tra parentesi L. R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001.