

Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice



di Fabio Cintioli

professore ordinario di diritto amministrativo presso
l'Università degli Studi Internazionali di Roma

It

L'articolo offre una serie di osservazioni sul rapporto tra p.a. e PNRR, partendo dall'analisi di alcune delle ragioni delle difficoltà e dei limiti della nostra amministrazione pubblica, per poi formulare, nella seconda parte, una proposta interpretativa. Del resto, il vero banco di prova del PNRR, il vero campo di adempimento degli obblighi assunti verso l'UE sarà quello degli effettivi investimenti di queste risorse. Questo chiama in gioco non tanto - e non solo - la capacità riformatrice-legislativa del Paese, ma la sua capacità di azione amministrativa.



PNRR, discrezionalità amministrativa, risultato amministrativo

Eng

The article offers a series of observations on the relationship between the PA and the PNRR, starting from the analysis of some of the reasons for the difficulties and limitations of our public administration, and then formulating, in the second part, an interpretative proposal. Moreover, the real test of the PNRR, the real field of fulfilment of the obligations assumed towards the EU will be that of the actual investments of these resources. This calls into play not so much - and not only - the country's reform-legislative capacity, but its capacity for administrative action.



PNRR, administrative discretion, administrative result

Sommario

1. Gli obiettivi del PNRR tra legislazione e amministrazione; 2. La codificazione dell'azione amministrativa: luci e ombre; 3. (Segue) La discrezionalità dell'interprete incerto; 4. L'attacco alla discrezionalità amministrativa; 5. La prevalenza della legittimità sul merito amministrativo; 6. Il PNRR, i poteri sostitutivi e il quadro normativo; 7. Il PNRR e la sua "legificazione"; 8. La legificazione del Piano e il risultato amministrativo; 9. Il vincolo del Piano e gli effetti derivanti dal Regolamento UE: una efficacia rinforzata a beneficio del risultato?; 10. Criteri interpretativi della discrezionalità nel nuovo scenario del PNRR.

1. Gli obiettivi del PNRR tra legislazione e amministrazione

Siamo giunti al primo momento di verifica dell'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Si tratta di accertare che i tempi previsti per gli obiettivi qualitativi (Milestones) e quantitativi (Targets) siano effettivamente rispettati.

Sappiamo che il PNRR è un piano, ossia un atto di pianificazione e programmazione di una serie di attività ed è, da questo punto di vista, un atto del Governo e sottoposto come tale alle regole del diritto nazionale. E' una pianificazione che, per un verso, ci riporta ad esperienze di molti anni orsono e che, per altro verso, ci appare di portata innovativa, perché la sua proiezione verso il futuro e verso le nuove generazioni si unisce alla conservazione di alcuni capisaldi della Società aperta, su tutti il principio di concorrenza nell'economia sociale di mercato. D'altra parte, la dottrina italiana aveva già anni orsono spiegato che la pianificazione è un fenomeno che non è legato da un nesso indissolubile all'economia di tipo collettivista e che quindi possiede una flessibilità che può renderlo compatibile con modelli ben diversi, così come è nella radice del quadro costituzionale italiano.

Sappiamo anche che lo scopo del piano è quello di utilizzare le risorse che perverranno – e che iniziano già a pervenire – dall'UE, in parte a titolo di mutuo e in parte a fondo perduto. Sicché la verifica dell'adempimento del Piano è condizione essenziale per poter (continuare) ad acquisire i fondi dalla Commissione e per evitare atti di sospensione delle erogazioni o nei casi più gravi – che ci auguriamo solo teorici – atti di revoca del finanziamento con obbligo di restituzione.

Così, adesso entriamo nel vivo del problema "amministrativo" del PNRR.

Tra gli impegni assunti dalla Repubblica italiana e menzionati dal Piano ve ne sono molti che possono dirsi in qualche misura già adempiuti o in corso di definitivo adempimento. Mi riferisco, ad esempio, ai vari progetti riformatori, che consistono nell'approvazione dell'una o dell'altra legge: riforma della P.A., della disciplina degli appalti pubblici, della concorrenza, della giustizia. Mi guardo bene dall'entrare nel merito dell'una o dell'altra riforma, questione evidentemente complessa, che lascio ai giudizi che verranno, e parto dall'assunto – ancor oggi acritico – che siano tutte più o meno rispettose degli obblighi assunti. Sono adempimenti già conseguiti, quindi. Ma sono anche leggi, e nulla più al momento. E nella nostra storia recente ben sappiamo che le leggi di riforma sono state davvero tante, sovente declamate dall'una o dall'altra compagine governativa e maggioranza parlamentare per rivendicare la bontà della propria azione.

In fondo, dobbiamo dirlo, varare una legge è relativamente facile. E' sufficiente l'approvazione parlamentare. Un discorso diverso è attuarla; il che – sia chiaro – non significa neppure e soltanto varare quei decreti regolamentari di esecuzione e/o attuazione la cui carenza o ritardo sono spesso messi all'indice dalla stampa periodica, bensì portare a compimento quelle azioni amministrative concrete che servono a raggiungere gli obiettivi.

Siamo arrivati al punto essenziale del discorso: stiamo parlando dell'amministrazione, del fare le cose che servono per costruire una nuova linea ferroviaria, mettere al sicuro nel cloud nazionale i dati sensibili che possano essere esposti al rischio di un cyberattacco, attivare un percorso di circolarità dell'economia in relazione all'una o all'altra produzione, dotare le strade e autostrade di colonnine di ricarica elettrica, realizzare e rendere operativi asili nido che siano in grado di aiutare le famiglie, giusto per fare qualche esempio che sia collegato alle varie indicazioni del PNRR.

E la questione amministrativa è sicuramente quella centrale a proposito del PNRR. Dato che, in definitiva, si tratta di utilizzare risorse finanziarie e che le riforme legislative – e le varie leggi e decreti legge o decreti legislativi che di volta in volta dovranno esser varati per provvedere alle necessità del PNRR – sempre a questo fine ultimo sono strumentali, il vero banco di prova del PNRR, il vero campo di adempimento degli obblighi assunti verso l'UE sarà quello degli effettivi investimenti di queste risorse. Questo chiama in gioco non tanto – e non solo – la capacità riformatrice-legislativa del Paese, ma la sua capacità di azione amministrativa.

2. La codificazione dell'azione amministrativa: luci e ombre

Abbiamo nella nostra recente memoria ombre, segni di preoccupazione e qualche luce, persino munita di rimarchevole luccichio.

Da un lato, abbiamo la cronica difficoltà amministrativa della Repubblica nell'utilizzo dei fondi europei, che ci ha penalizzato rispetto all'esperienza di altri partners (ad es., la Spagna per non andar troppo lontani), nonché le classifiche internazionali specializzate e il dibattito pubblico tutto, che vedono nel malfunzionamento della nostra "burocrazia" il principale ostacolo ad una crescita economica e sociale che vada oltre i miseri punticini che ne hanno segnato il passo negli ultimi vent'anni e più. Dall'altro lato, restando ai nostri giorni, la forza dirompente di una campagna di vaccinazione che ha sconfitto le previsioni dei pessimisti, ha coinvolto e nobilitato molte delle nostre amministrazioni e dimostrato, dalla sua prima organizzazione e sino agli esiti recenti, che un'amministrazione efficiente e "di risultato" è cosa possibile anche in Italia, senza bisogno di scomodare complicate cornici giuridiche e intricate reti di linee guida, regolamenti e sentenze, ma semplicemente mostrando la capacità di "fare".

Descrivere le ragioni delle difficoltà e dei limiti – certamente ve ne sono, e di profondi – della nostra amministrazione pubblica sarebbe compito troppo vasto per poter essere anche solo approssiato in queste note. Questo intervento sul rapporto tra p.a. e PNRR sarà allora dedicato a sottolineare solo alcune di tali ragioni, per poi formulare, nella seconda parte, una proposta interpretativa che potrà essere valutata anzitutto da coloro ai quali questo scritto è principalmente destinato, ossia il Giudice.

Desidero allora soffermare l'attenzione su tre questioni complementari tra loro. Le distinguerò concettualmente, anche se sono tra di esse reciprocamente legate, sia storicamente sia causalmente.

La prima è quella che definirei la codificazione dell'amministrazione.

La seconda è quella che chiameremo l'attacco alla discrezionalità amministrativa.

La terza è la prevalenza della legittimità sul merito amministrativo.

Partiamo dalla prima, dunque.

Chi abbia avuto la possibilità di conoscere il diritto amministrativo che in Italia affacciava lo sguardo al nuovo secolo, questo XXI, come molti dei lettori cui sono destinate queste pagine, ricorderà che il diritto amministrativo si distingueva per alcuni caratteri propri, che ne facevano qualcosa di molto diverso dal diritto privato – il quale ultimo ovviamente per il suo ruolo ordinamentale ha una posizione di primato, anche "quantitativo" – ma anche da altre partizioni dell'ordinamento, come ad esempio il diritto penale.

Il diritto amministrativo era una partizione non codificata e composta soprattutto da una fitta rete di principi generali e sottoprincipi.

Il cuore del diritto amministrativo – beninteso è ancor oggi così – stava dunque nel continuo bilanciamento tra autorità e libertà, tra potere e diritti (e interessi). Da un lato, vi è il potere che dev'essere riconosciuto alla p.a. – secondo la teoria generale in grado di infrangere il muro dell'intangibilità della sfera giuridica altrui – e il potere dev'essere esercitato con continuità ed efficacia ed è quindi sottoposto a regole flessibili ed essenziali, in grado di adattarsi ad un caso o all'altro; e dall'altro lato vi è la cruciale correzione e limitazione di tale potere, per rendere effettiva la tutela dei cittadini, nel procedimento dapprima e nel processo amministrativo successivamente.

Certamente, questa è una sintesi estrema e, come tale, insoddisfacente sul piano sistematico, ma forse in grado di far affiorare nella memoria del lettore le emozioni giovanili di chi imparava a studiare questa materia così diversa dalle altre.

Moltissime le leggi di settore al tempo richiamate, collocate addirittura tra la fine del secolo XIX e il primo secolo XX, ma quasi sempre non allo scopo di rinvenire in esse una normazione compiuta del fenomeno regolato, bensì l'enucleazione di un principio, di un istituto, che poi si andava assestando e formando nelle sentenze del giudice amministrativo od anche del giudice ordinario piuttosto che nei commi di un codice o d'una legge speciale.

Bene, questo tratto distintivo del diritto amministrativo è stato via via messo in discussione dall'ordinamento attraverso un complesso processo evolutivo, nonostante la radice genuina del fenomeno amministrazione non fosse davvero cambiata. Cerco di spiegare questa apparente contraddizione: per un verso, si è affermata una codificazione, talora disomogenea, episodica ma decisamente imponente del diritto amministrativo; per altro verso, il diritto amministrativo è rimasto pur sempre un insieme di principi che servono – o dovrebbero servire – ad equilibrare il rapporto tra autorità e libertà.

A dispetto delle moltissime regole catapultate su questo scenario, infatti nel caso concreto la funzione amministrativa tende – o dovrebbe tendere quantomeno – a raggiungere un dato risultato e quindi la sintesi discrezionale degli interessi in gioco dovrebbe essere tale da disegnare il tipo di scelta da compiere, i suoi contenuti ed i suoi tempi. Insomma, i classici requisiti della discrezionalità amministrativa, sull'an, sul quando sul quomodo.

Una codificazione del diritto amministrativo ha però avuto luogo, si è consolidata e concretizzata in più fenomeni distinti.

Il primo è stato l'effetto convergente di un'imponente produzione normativa di fonte europea nei vari settori di rilevanza amministrativa – dall'ambiente e beni culturali alla privacy, dagli appalti pubblici ai trasporti – e di una normativa di recepimento che, per dichiarazione espressa dei legislatori del tempo, si è mossa nel segno della codificazione del diritto amministrativo. Talvolta, nel dibattito è sembrato quasi che, guadagnando questo carattere, il diritto amministrativo si liberasse di una sorta di subalternità rispetto ad altri settori da lungo tempo codificati. La codificazione spesso è stata sì intitolata all'obiettivo della semplificazione, ma questa pur commendevole finalità si è presto rivelata vana, perché la regola una volta fissata nella legge si cristallizza e, quand'anche desunta dai precedenti della giurisprudenza, finisce per suscitare nuovi dubbi e per assumere nuovi significati. E così sono arrivate nuove regole per chiarire i nuovi dubbi e poi dubbi ancor più freschi sono però prontamente emersi, in una rincorsa all'infinito.

Un altro fenomeno concomitante, non meno decisivo, è stato quello delle novelle ai codici di settore comparse nei maxi-emendamenti alle varie leggi di stabilità e nei "treni" normativi dedicati alla conversione dell'uno o l'altro decreto legge. Il quadro normativo non solo si è ampliato, ma è divenuto sempre più episodico, disorganico, disomogeneo.

3. La discrezionalità dell'interprete incerto

Gli adempimenti a carico delle amministrazioni sono stati nel frattempo viepiù aggravati e la dinamicità dell'azione amministrativa indebolita da una nuova idea affiorata all'orizzonte.

L'idea è quella che fossero necessarie abbondanti leggi destinate a combattere la "corruzione" in sede amministrativa – e non la corruzione prevista come figura tipica di reato, beninteso – e che compito del legislatore fosse non soltanto quello di assicurare la legittimità dell'azione amministrativa ma anche quello di mettere al bando la c.d. maladministration, vale a dire la cattiva amministrazione. Si è così avviata, in nome di una nozione "oggettiva" di corruzione all'interno della quale si è compresa ogni manifestazione di una "degenerazione delle istituzioni pubbliche", una battaglia contro quell'amministrazione che risultasse eticamente riprovevole, ma sempre nel presupposto che tali mali potessero essere svelati e combattuti con altrettante norme, con piani, con programmi, con regole e regolette di varia fonte e natura. Però, in questo modo si sono allentati – e di molto – i confini che devono separare il diritto dall'etica e si sono poste le premesse per favorire di caso in caso le soluzioni interpretative che servissero ad escludere – quale che fosse il risultato di interesse pubblico nella concreta vicenda – il rischio di una situazione eticamente condannabile.

Di dare regole all'azione amministrativa, poi, si sono occupati non solo il legislatore – quello statale e quelli regionali – ma anche le autorità indipendenti. Così, ad esempio, non sono stati rari i casi nei quali, per stabilire che tipo di regole andassero seguite per selezionare il proprio contraente, l'amministrazione dovesse tener conto, oltre che

delle direttive UE e delle leggi, nazionali e regionali, anche della posizione dell'ANAC (Autorità anticorruzione, competente anche in materia di contratti pubblici), di AGCM (Autorità garante della concorrenza e del mercato) e dell'ART (Autorità regolazione trasporti).

Non si cada, poi, nell'errore di pensare che quella che si sta raccontando non sia in fondo una storia così nuova, perché il vizio italico di produrre troppe leggi è antico e questa descrizione non è altro che un effetto del solito problema. Chi ha pensato ciò aveva proposto, qualche anno addietro, una ricetta che consisteva nel "tagliare le leggi": le leggi sono troppe e ingessano, dunque dobbiamo eliminarle e questo risolverà i problemi. Non è proprio così però, perché la questione di cui parlo è ben più specifica e riguarda l'amministrazione e chi di diritto amministrativo si è occupato, perché è in queste sedi che è maturata l'idea di codificare la p.a., forse pensando che fosse cosa giusta per muovere il pendolo autorità-libertà verso il secondo polo. Si è trattato, in altre parole, di una svolta qualitativa sul modo di concepire il rapporto tra la norma e l'azione amministrativa e non soltanto quantitativa.

Tutto questo, in una parola, ha però reso l'agire amministrativo molto più difficile, molto meno flessibile, esposto ai venti di interpretazioni confliggenti, se del caso animate dello spirito formale dell'una o dell'altra espressione grammaticale, ma sovente avulse dalla concreta dimensione dell'interesse pubblico da curare e possibilmente talora lontane dal risultato da conseguire.

La discrezionalità amministrativa, vero cuore e rebus del diritto amministrativo, assillo della cultura giuridica – alla quale presto passerò – è stata così afflitta da questa messe di regole, a tratti ridotta nei suoi contenuti ed a tratti sostituita da una nuova forma di discrezionalità: quella che vorrei qui definire, un po' provocatoriamente, la "discrezionalità dell'interprete incerto e confuso". Incerto e confuso perché egli si trova sovente al cospetto di indicazioni contrastanti e non chiare. Si trova comunque costretto ad enucleare il principio, che potrà guidarlo verso il risultato amministrativo, ma per farlo dovrà magari sacrificare l'una o l'altra norma e questo potrà aprire il varco ad una confutazione esterna, di un controllore amministrativo o giudiziario.

Jura novit curia, direte. Lì dove campeggiano le norme, mi direte, non v'è discrezionalità, perché, in fondo, l'origine genuina della discrezionalità amministrativa – come insegnava uno dei padri del diritto amministrativo italiano, Federico Cammeo – sta in una norma incompleta, che decide di affidare direttamente all'amministrazione il suo completamento mediante la ponderazione degli interessi nel caso concreto e il modo di attuarla sta nella dimensione del "tipo medio di uomo, in questo caso il buon amministratore". Eppure, nonostante questa legittima obiezione, insisterei nel ravvisare una radice pragmaticamente comune alla discrezionalità in questo fenomeno – una discrezionalità che sarebbe dunque richiesta ad una p.a. che con coraggio volesse usarla – perché è proprio nella congerie di norme e in mancanza di un'indicazione univoca data dalla legge che deve talvolta muoversi chi amministra la cosa pubblica.

4. L'attacco alla discrezionalità amministrativa

È evidente, però, che all'amministrazione non sempre si può chiedere così tanto coraggio. Sicché, di fronte alla difficoltà di mettere ordine nel diritto amministrativo codificato e di affermare una soluzione interpretativa in nome del risultato amministrativo, essa molte volte preferirà o l'inerzia o tuttalpiù la soluzione più "facile" dal punto di vista (per così dire) etico, che però nella gran parte dei casi potrebbe non corrispondere alla logica del fare, del portare a compimento un investimento pubblico, dell'utilizzo delle risorse per il conseguimento degli obiettivi. Del resto, ormai gli scritti sulla c.d. burocrazia difensiva sono molti e molto ben argomentati.

Nel frattempo, è evidente che il burocrate che si difende, paradossalmente, alimenta la causa del problema, perché per proteggersi richiede nuove norme, che chiariscano i problemi sul tappeto, che gli diano una sicura linea d'azione. Il circolo vizioso, dunque, si ravviva e prosegue ininterrotto.

Passiamo allora alla seconda questione, l'attacco alla discrezionalità amministrativa.

Questo aspetto è stato già introdotto da quanto si è appena detto, perché è evidente che l'aspirazione alla codificazione si giustifica e si traduce in una sfiducia verso la discrezionalità amministrativa.

Per Cammeo, come ricordavo, la discrezionalità è quella ponderazione che la legge ha voluto lasciar libera alla p.a.. Per Massimo Severo Giannini è il modo in cui la p.a. decide attraverso la commisurazione tra l'interesse pubblico primario da realizzare e gli altri interessi secondari, sia pubblici che privati, che l'ordinamento seleziona e porta all'attenzione della p.a. E' la chiave per raggiungere il risultato amministrativo negli studi più recenti della dottrina italiana, come diremo tra breve. Ed è quel fenomeno che il giurista ha individuato come ponte tra il potere dell'amministrazione e le garanzie, vero e proprio tramite tra legittimità e merito e cuore pulsante dell'eccesso di potere.

Ebbene, è difficile negare che, fors'anche per via della sovrapposizione del piano etico a quello giuridico e forse per via di una impropria assimilazione tra autorità e discrezionalità, in questi anni si sia diffusa tra le istituzioni e la dottrina una certa preoccupazione verso la discrezionalità, che si è risolta nella tendenza a scegliere soluzioni che ne riducessero la portata.

Da un primo punto di vista, la riduzione della portata della discrezionalità è stata vista come uno strumento utile a rafforzare la tutela giurisdizionale di diritti e interessi davanti al giudice amministrativo, nel presupposto - in verità tutto da dimostrare a parere di chi scrive - che il modello del controllo sul potere vincolato rispondesse meglio di quello sul potere discrezionale al canone di effettività della tutela. Da un altro punto di vista, la recente spinta verso il rafforzamento della prevenzione della corruzione ha fatto ritenere che l'eccesso di discrezionalità amministrativa potesse giocare come fattore rilevante della corruzione.

Si è diffuso un timore verso la discrezionalità e le sue possibili conseguenze.

Molti esempi potrebbero esser fatti. Tra di essi, basterà citare il modo in cui si è data vitalità all'istituto dell'offerta economicamente più vantaggiosa quale criterio di aggiudicazione degli appalti pubblici: doveva servire, in contrapposizione al criterio del prezzo più basso, ad ampliare la discrezionalità valutativa delle commissioni di aggiudicazione e ciò in perfetta sintonia con le indicazioni del diritto UE; attraverso il sovrapporsi di indicazioni legislative e regolamentari, è diventato un sistema alquanto macchinoso, che attraverso criteri, punteggi e sottocriteri finisce per ridurre moltissimo lo spazio di valutazione della qualità dell'offerta.

La perdita di tono della discrezionalità è anche dipesa dall'ampliamento della c.d. discrezionalità tecnica e dall'affermarsi delle tesi che affidano al giudice amministrativo un controllo pieno su di essa, vale a dire un controllo che non è quello esercitabile sulla discrezionalità pura, il quale presuppone un sindacato appuntato solo sull'eventuale violazione delle limitazioni a tale discrezionalità, bensì analogo a quello del rapporto paritetico in quanto commisurato alla corretta o non corretta applicazione della norma. Sul piano interpretativo, dunque, allo schema norma-potere-fatto si è sostituito sempre più frequentemente lo schema norma-fatto.

Alla sfiducia verso la discrezionalità e all'idea che di essa, in fondo, si potesse fare a meno, ha concorso anche il ricorso ai sistemi di c.d. ingegneria amministrativa, i quali hanno puntato sulla possibilità di rinunciare alla valutazione della p.a. Il fiorire di silenzi-assensi, da soli o nelle conferenze di servizi sempre più macchinose, e di DIA e Scia, in contesti nei quali però un'autentica liberalizzazione - nel senso dell'eliminazione della valutazione rimessa alla p.a. - non era possibile o non era comunque prevista, ha proposto una ricetta che era quella di risolvere il problema della decisione amministrativa ... facendo a meno di essa. Il che però trascurava che in moltissimi casi - che poi coincidono oggi con le molte e delicate scelte che il PNRR imporrà - fare a meno della discrezionalità non era affatto possibile. Peraltro, non va dimenticato che lo stesso diritto UE, se da un certo punto di vista ha fatto largo uso del silenzio-assenso e della Scia, da un altro in alcuni settori più sensibili, come ad esempio nel campo delle autorizzazioni ambientali, ha imposto la necessità del provvedimento espresso.

Oggi nel dibattito in molti guardano con interesse alle decisioni con algoritmi, quasi suggerendo che questo possa essere un rimedio alla questione amministrativa in Italia ed ai mali della burocrazia difensiva. Questo potrà forse essere in qualche limitato caso, ma per il resto questi strumenti - ai quali certamente non si deve sbarrare la strada restando pervicacemente trincerati sul passato - sembrano replicare i limiti e i vizi delle teorie che avevano visto il silenzio assenso come rimedio generalizzato alle difficoltà dell'amministrazione decidente.

5. La prevalenza della legittimità sul merito amministrativo

La terza questione è quella della prevalenza della legittimità sul merito amministrativo. Si pensi al percorso certamente virtuoso che ha condotto alla legge generale sul procedimento, la legge n. 241 del 1990 ed all'esigenza che molte componenti dell'agire amministrativo fossero proceduralizzate e così univocamente attratte nell'orbita del giuridico: la carenza di motivazione, così come il difetto di istruttoria, si erano trasformati da vizi di eccesso di potere (i.e. sintomi di un non corretto esercizio della discrezionalità) in vizi di violazione di legge. Il pendolo si assestava così a vantaggio della libertà e a scapito dell'autorità o comunque a scapito di visioni autoritarie che potessero ridurre le garanzie individuali.

Senonché questo percorso è proseguito e, in una con la stagione della codificazione, ha registrato moltissime novelle della legge sul procedimento, le quali hanno consolidato il fenomeno complessivo di cui discutiamo: l'amministrazione è parsa sempre più una questione di legittimità, e dunque di conformità alla legge, e sempre meno una questione di merito, ossia di ponderazione dell'opportunità e convenienza della scelta amministrativa nell'interesse dell'amministrazione, che poi – non dimentichiamolo – è l'interesse di tutti.

L'attenzione che in eccesso è stata riservata, nei vari progetti riformatori succedutisi negli ultimi decenni, alla c.d. amministrazione di servizi anziché all'amministrazione decidente e munita di potere discrezionale ha probabilmente contribuito a disperdere parte del valore ordinamentale del merito amministrativo, (ché l'ordinamento ammette e valorizza il merito ossia accetta che una parte dell'agire amministrativo stia al di fuori del controllo di legittimità). Ragionare della p.a. solo come di un soggetto produttore di servizi e di prestazioni materiali – vizio nel quale il dibattito politico e pubblico sovente è caduto – implica il sottovalutare quanto sia importante la p.a. che, esercitando la discrezionalità amministrativa, bilancia gli interessi in gioco e compie le scelte che servono a realizzare un dato progetto di pubblico interesse, agendo così ad un livello certamente più prossimo all'indirizzo politico-amministrativo. Quanto sia importante questa seconda veste della p.a. per l'attuazione del PNRR è intuitivo. Come è intuitivo che sulle principali questioni del PNRR non potrà essere di grande aiuto l'algoritmo in sostituzione dell'amministrazione umana.

Un altro contributo alla riduzione del peso del merito amministrativo è verosimilmente derivato dalla tesi che, a partire dalle riforme dei primi anni '90, ha distinto tra il livello politico e quello amministrativo, assegnando al primo l'enunciazione degli indirizzi e al secondo la gestione amministrativa. A parte molte altre criticità, sulle quali si è formato un dibattito dottrinale cospicuo, questa separazione ha allentato – o per dir meglio celato – quell'ineliminabile collegamento tra i due livelli che abbraccia proprio la sfera – non “giuridicizzata” – del merito amministrativo quale valutazione di opportunità e convenienza in nome del risultato amministrativo.

6. Il PNRR, i poteri sostitutivi e il quadro normativo

Dopo aver detto – con inevitabile sommarietà – di queste difficoltà che toccano la nostra amministrazione è tempo di passare al PNRR, alla sua attuazione ed a capire se i tratti giuridici del piano possano offrire qualche spunto di interpretazione utile a superarle nel concreto e ad agevolare il percorso di attuazione. Che il passaggio sia cruciale per la storia della nostra Repubblica è ben noto a tutti ed è stilato a chiare lettere, da ultimo, nelle parole del d.l. n. 77 del 2021, convertito nella legge n. 108 del 2021: la “sollecita e puntuale realizzazione degli interventi” inclusi nel PNRR “assume preminente valore per l'interesse nazionale”. La competenza legislativa dello Stato, a sua volta, è fondata non soltanto sull'art. 117, comma 2, lett. a), Cost., che attiene ai rapporti dello Stato con l'UE, ma anche sull'art. 117, comma 2, lett. m), che attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale.

Che vi sia consapevolezza della difficoltà della sfida per la Repubblica è dimostrato dall'urgenza e dalla determinazione che il Governo ha mostrato nel varare quei decreti legge. Questi decreti, da un primo punto di vista, costituiscono assolvimento di alcuni tra gli impegni di tipo preliminare assunti nel piano – che appunto si riferisce a progetti riformatori della p.a. – e, da un secondo punto di vista, vogliono essere una risposta a tali preoccupazioni nonché il modo per allestire un quadro organizzativo nuovo e diremmo fatto ad hoc per il PNRR.

Il decreto n. 77 del 2021 prevede l'istituzione della Cabina di regia a Palazzo Chigi, definisce i principali compiti dei Ministri, riconoscendo la centralità del MEF, istituisce una segreteria tecnica presso la Presidenza che ha il compito di vigilare e monitorare l'attuazione del Piano nonché un Ufficio che dovrebbe occuparsi di migliorare la qualità della regolazione, ma soprattutto munisce il livello centrale dell'amministrazione di penetranti poteri sostitutivi in caso di inerzia nell'esecuzione dei singoli progetti. Il decreto n. 80 del 2021 prevede un rafforzamento della p.a. con un programma straordinario di assunzioni.

Accanto agli atti governativi va crescendo l'attenzione di studiosi e addetti ai lavori.

Ad esempio, ha avuto un rilievo speciale la tesi che si debba assicurare un cambiamento nelle competenze e nei "saperi" dell'amministrazione proprio per il PNRR. Il dibattito pubblico, alimentato da contributi di giuristi ed economisti, ha messo in luce una eccedenza di professionalità giuridiche rispetto a quelle, ad es., economiche e tecnico-ingegneristiche ed ha sottolineato che proprio tale circostanza non avrebbe favorito la flessibilità ed efficienza dell'azione amministrativa. Il problema dell'esorbitanza dei profili giuridici sugli altri avrebbe nella burocrazia italiana radici storiche e avrebbe visto la "sconfitta" delle discipline tecniche, con l'unica eccezione degli economisti che avrebbero opposto resistenza non senza difficoltà. Si auspica, dunque, che, mutando pelle all'amministrazione, la semplificazione, l'efficacia, il raggiungimento del risultato amministrativo possano diventare realtà concreta e che questo possa essere il viatico giusto per il PNRR.

In fondo, sembra una tesi che evoca e conferma la descritta e problematica eccessiva prevalenza della legittimità sul merito nell'attività amministrativa.

Il riequilibrio delle competenze potrà essere un obiettivo ragionevole e condivisibile, così come potrà esserlo il ritorno ad alimentare l'amministrazione di nuove risorse di personale, più giovane e munito di saperi più adatti alla sospirata transizione digitale.

Tuttavia, rispetto ai problemi che ho descritto in precedenza, si può nutrire qualche dubbio che quest'ultima ricetta basti a risolverli.

I nuovi funzionari, ancorché muniti di competenze non giuridiche, avranno pur sempre molto a che fare col diritto. Anzi con l'eccesso di regolazione giuridica che ho testé cercato di resocontare. Per mettere a frutto le professionalità non giuridiche e porre al centro del discorso amministrativo il risultato servirà proprio recuperare in qualche modo la discrezionalità attraverso la scatola degli attrezzi del giurista e riscoprire quella centralità del merito amministrativo che sembra oggi talvolta un lontano ricordo.

Il bandolo della matassa torna dunque, a mio modo di vedere, proprio al giurista, al quale spettano le proposte per conciliare l'insopprimibile bisogno del "risultato" nell'attuazione del Piano con quei fattori di crisi dell'amministrazione che potremmo sintetizzare così: una certa esorbitanza del dato giuridico – e di un certo modo di intendere il dato giuridico – e quindi il modo di vigilare sul suo rispetto da parte della nutrita serie di controllori.

Proprio ispirandomi a questo passaggio proverò allora a dire di come il PNRR, i suoi contenuti e le fonti che ne costituiscono il fondamento possono aiutare, appunto, sul piano dell'interpretazione giuridica ad affrontare i problemi.

7. Il PNRR e la sua "legificazione"

Fatta l'analisi del problema di fondo, per costruire la proposta interpretativa è indispensabile ricordare alcuni dati.

Il PNRR è un atto del Governo italiano, che è stato adottato al fine di coordinarlo con

le iniziative, le risorse finanziarie e le determinazioni previste nel Regolamento UE 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che ha istituito il “dispositivo per la ripresa e resilienza”.

Il PNRR si sviluppa intorno a tre assi strategici condivisi a livello europeo: digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica, inclusione sociale. Si articola in sedici Componenti, raggruppate in sei Missioni. Le sei Missioni (i c.d. Pilastri secondo la terminologia del diritto UE) sono un elemento di coesione che riguarda tutti i piani degli Stati membri interessati e devono perseguire: (1) transizione verde; (2) trasformazione digitale; (3) crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, compresi coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione e un mercato unico ben funzionante con PMI forti; (4) coesione sociale e territoriale; (5) salute e resilienza economica, sociale e istituzionale, anche al fine di aumentare la capacità di reazione e la preparazione alle crisi; (6) politiche per la prossima generazione, infanzia e gioventù, incluse istruzione e competenze. Il Piano è stato inizialmente trasmesso al Parlamento, il quale ha votato due risoluzioni di approvazione. Dopodiché, il Piano, ai sensi del predetto Regolamento, è stato trasmesso alla Commissione europea, la quale ha adottato la sua proposta di decisione di esecuzione, con una valutazione positiva, unendo al proprio Documento di lavoro un corposo Allegato. La proposta della Commissione formulata in caso di valutazione positiva del piano, va ricordato, “stabilisce le riforme e i progetti di investimento che dovranno essere attuati dallo Stato membro, compresi i traguardi e gli obiettivi e i contributi finanziari” (art. 20, par. 2) e indica altresì l’importo dei prestiti da erogare. È stato puntualmente osservato quindi che la proposta sembra avere anche un contenuto prescrittivo unilaterale in relazione al quale lo Stato dovrà assumere obblighi propriamente giuridici .

Il Consiglio ha adottato la decisione di esecuzione, dopo la quale è previsto dall’art. 20 e dall’art. 23 del predetto Regolamento che “la Commissione conclude con lo Stato membro interessato un accordo che costituisce un impegno giuridico specifico ai sensi del regolamento finanziario”. Va infine ricordato che una eventuale modifica del piano da parte dello Stato membro può essere concessa solo “a causa di circostanze oggettive” e in seguito alla presentazione alla Commissione di “una richiesta motivata” (art. 21, par. 1). Ciò significa che lo Stato membro, una volta che il Consiglio ha adottato la decisione di esecuzione, perde nella sostanza la disponibilità dei contenuti del proprio piano.

Benché la nostra tradizione giuridica conosca la figura delle leggi di approvazione dei piani, che esemplificano un caso di legge-provvedimento o comunque una legge sui generis che ha la funzione specifica di approvare quel particolare atto amministrativo generale che è il piano, parrebbe a prima vista che il PNRR abbia mantenuto la veste (e gli effetti) di un provvedimento amministrativo, imputabile formalmente solo al Governo.

Solo a prima vista, però.

Il PNRR infatti mi sembra che sia stato in verità sostanzialmente legificato attraverso la relatio che è stata implicitamente ma incontestabilmente effettuata dal citato d.l. n. 77 del 2021 e dalla sua legge di conversione. Il decreto è stato convertito in legge e, dal momento che esso ha predisposto un modello organizzativo complesso per l’attuazione del Piano, già solo per questo parrebbe aver unito alla volontà governativa quella parlamentare mediante l’approvazione della legge di conversione. Il Piano, infatti, alla data del decreto era già compiuto e definito nei suoi contenuti, anche molto specifici come diremo, sicché l’approvazione parlamentare non poteva che intendersi estesa ai suoi contenuti sostanziali. Il che, oltretutto, consentirebbe di risolvere ogni dubbio che mai si sollevasse sul rispetto della riserva di legge ex art. 41, comma 3, Cost., sulla quale la pianificazione di molti decenni fa aveva a suo tempo innescato un acceso dibattito .

Ma v’è di più, perché il decreto in questione ha introdotto i poteri sostitutivi e dunque le corrispondenti modifiche delle competenze amministrative per assicurare la puntuale attuazione del Piano. L’articolo 12 del d.l. n. 77 del 2021 è intitolato appunto ai “poteri sostitutivi”, e tali poteri vedono in primo piano il Presidente del Consiglio dei Ministri. Quest’ultimo, in caso di “mancato rispetto degli obblighi o impegni finalizzati all’attuazione del PNRR e assunti in qualità di soggetti attuatori” dalle Regioni, Province autonome o altri enti territoriali ovvero in caso di ritardo, inerzia o difformità nell’esecuzione dei progetti, dopo aver assegnato un primo e breve termine per provvedere può nominare un commissario ad acta. E analoghi poteri competono ai Ministri nel caso di ritardi imputabili ad altre amministrazioni.

Le competenze amministrative presuppongono una legge, nel rispetto dell'art. 97 Cost., e qui è prevista una modifica di tali competenze sulla base di presupposti molto puntuali, che rispondono agli impegni del PNRR e alle sue "prestazioni". Quest'ultima circostanza mi sembra che abbia reso il Piano obbligatorio ex lege quantomeno – e anzitutto – nei confronti di tutte le amministrazioni che siano già indicate o che saranno indicate come responsabili dell'attuazione dell'uno o dell'altro progetto. Esse sono obbligate a curare tale adempimento – alle volte già riportato in modo specifico nella prima versione del PNRR, altre volte da esplicitare in una futura legge o atto avente forza di legge – e qualora non vi provvedessero, subirebbero la perdita di competenza amministrativa secondo la tecnica del potere sostitutivo e della tradizionale figura dell'avocazione amministrativa.

Questa considerazione mi sembra importante, perché comincia col portare il Piano al livello della fonte legislativa, emancipandolo da una dimensione esclusivamente amministrativa, benché certamente e in ogni caso appartenente al tipo dell'alta amministrazione.

Il risultato è dunque consolidato in un atto che risale alla legge e che si avvale della sua forza e possiamo dire, da questo punto di vista, che quel risultato impegna non solo l'amministrazione chiamata ad eseguire il Piano, ma anche gli altri operatori giuridici, gli interpreti tutti, inclusa la giurisdizione ovviamente, che di quel risultato dovrà interessarsi anche perché – non dimentichiamolo – il suo conseguimento "assume preminente valore per l'interesse nazionale" ed il ritardo o il fallimento di questo obiettivo potrebbe implicare dapprima la sospensione dell'erogazione delle risorse e dopo persino la revoca con l'obbligo restitutorio.

8. La legificazione del Piano e il risultato amministrativo

La proiezione del Piano e degli effetti della legge verso il risultato è un punto cruciale. Il PNRR, infatti, è stato redatto proprio secondo la logica dell'enunciazione di azioni amministrative ed obiettivi spesso puntuali. In ciascuno dei vari capitoli, è prevista una scansione binaria che distingue le "riforme" da approntare e gli "investimenti" da realizzare. Se le prime passano di solito per l'adozione di altrettanti atti legislativi, i secondi invece possono avere, a seconda dei casi, un carattere meno dettagliato o più dettagliato. Così ad esempio, tra gli investimenti non descritti in modo dettagliato possiamo menzionare nell'ambito della Missione 1 (M1C3.1, Patrimonio culturale per la prossima generazione) la creazione di una piattaforma digitale unica, vera e propria infrastruttura nazionale, per la "digitalizzazione di quanto custodito in musei, archivi, biblioteche e luoghi della cultura, così da consentire a cittadini e operatori di settore di esplorare nuove forme di fruizione del patrimonio culturale e di avere un più semplice ed efficace rapporto con la pubblica amministrazione"; oppure nell'ambito della Missione 2 (M2C1.3) l'attuazione di investimenti per le "Green communities".

Tra gli investimenti indicati in modo dettagliato si può menzionare nell'ambito della Missione 2 (M2C2.4) lo sviluppo del trasporto rapido di massa, a proposito del quale il Piano indica con precisione l'obiettivo che si prefigge l'investimento, il traguardo in concreto che dovrà essere raggiunto, ossia il numero di chilometri di rete attrezzata per le infrastrutture del trasporto rapido di massa da realizzare e la suddivisione del totale dei chilometri di rete tra le varie tipologie di trasporto, mentre l'Allegato alla Decisione di esecuzione del Consiglio specifica anche quelle che saranno le aree metropolitane interessate dagli interventi; nonché, nell'ambito della Missione 3 (M31.1) l'investimento che riguarda le risorse stanziare per i lavori sulla rete ad Alta velocità, con indicazione puntuale dei lavori da eseguire sulle linee Napoli-Bari, Palermo-Catania-Messina e Salerno-Reggio Calabria.

Questi sono, appunto, solo alcuni esempi in un quadro vastissimo.

Non potendosi di certo svalutare il senso di queste previsioni – dato il contesto istituzionale e storico in cui si collocano – non potremo che prendere atto del fatto che la tecnica è proprio quella del risultato. Cos'altro rappresentano altrimenti le Milestones ed i Targets attraverso cui passa e passerà la verifica di rispetto degli impegni assunti dal Governo italiano?

Si vuol dire che la tensione verso quel dato risultato è un vincolo giuridico che nasce da una legge e che impegna di certo il Governo, di certo l'Amministrazione tutta, ma anche gli altri interpreti. Chiunque verrà a valutare e ad applicare la cornice giuridica che si adatterà all'uno o all'altro intervento non potrà non considerare anche che quella cornice va interpretata ed applicata in sintonia – secondo il canone interpretativo logico-sistematico – con quella legge che, approvando il Piano, ha conferito al vincolo verso il risultato un rilievo preciso.

Così, quando il giurista sarà chiamato a districarsi nella congerie delle leggi ed a sciogliere la discrezionalità "dell'interprete incerto e confuso", saprà che la scelta della soluzione che meglio consente di raggiungere il risultato è quella che trova fondamento in una legge, di conio recente e quindi se del caso adattabile persino a qualche – non troppo ardito – ragionamento in termini di abrogazione tacita o parziale di qualche previsione che remasse in senso contrario.

Lo sforzo – spero non vano né infondato – che tento di approfondire con questa tesi mi sembra piuttosto chiaro: cercare nel PNRR stesso le risorse per rimediare ai fattori di crisi della discrezionalità amministrativa che ho passato prima in rassegna.

Affermare che la tendenza al risultato è la cifra di lettura di questa legge e che essa lo impone all'amministrazione e, nel contempo, affermare che all'amministrazione stessa vanno lasciati quei margini che servono ad un'azione snella ed efficace, anche con un po' di coraggio interpretativo, significa anche trasmettere un messaggio netto. Nel corso degli ultimi decenni l'amministrazione è stata abituata ad un'azione che tenesse in primo piano le esigenze di spending review e di riduzione della finanza pubblica e dunque una dimensione nella quale il principio di economicità aveva una certa prevalenza e capacità condizionante di tutta la dimensione amministrativa. Oggi il quadro cambia, sicché l'amministrazione deve, all'opposto, utilizzare, e bene e tempestivamente, le risorse del Piano. E' un mutamento di mentalità che si potrà chiedere all'amministrazione solo se ad essa si sapranno offrire nuovi strumenti di interpretazione del nostro diritto amministrativo (ormai) codificato, sì da affidare a quest'ultima i margini di valutazione necessari. Un'azione espansiva ha bisogno di una base normativa che possa giustificarla nei momenti di dubbio e di difficoltà interpretativa, per trainare la nostra amministrazione fuori dalle sabbie mobili che hanno dato vita al fenomeno della burocrazia difensiva.

Chi scrive sa bene che questi discorsi sono difficili da tradurre in realtà, ma non è questa una buona ragione per non proporli, vista l'importanza della posta in gioco.

9. Il vincolo del Piano e gli effetti derivanti dal Regolamento UE: una efficacia rinforzata a beneficio del risultato?

Il discorso, però, non si chiude qui. Dobbiamo infatti soppesare l'altro fronte del PNRR, quello che guarda verso l'Europa.

Il Piano è stato approvato dagli organi UE ed è oggetto di un preciso impegno verso l'UE assunto dalla Repubblica italiana. Questo implica che, in conformità alle disposizioni del Regolamento istitutivo del c.d. dispositivo per la ripresa e la resilienza, la Commissione abbia il potere di vigilare sull'adempimento del Piano e, come detto, di intervenire con i rimedi "sanzionatori" previsti dal Regolamento medesimo: potrebbe sospendere l'erogazione e addirittura cancellare l'aiuto e revocarlo, come abbiamo detto (v. l'art. 24 del citato Reg. 2021/241).

Chi scrive però pensa che l'efficacia del vincolo assunto dalla Repubblica Italiana – piaccia o meno – non si riduca a questo.

In primo luogo, non si può trascurare che il raccordo tra PNRR e fonti di diritto UE comporta una precisa funzionalizzazione del Piano – peraltro ben esplicitata e infatti a tutti ormai nota – al raggiungimento delle altrettante Missioni di ordine generale, entro la cui rispettiva sfera sono raccolti i singoli progetti ordinati per aree tematiche. Si tratta, mi sembra difficile negarlo, di un vero e proprio indirizzo politico che, partendo dal Regolamento, attraverso il PNRR impegna e impegnerà la Repubblica, salvo (imprevedibili) rivolgimenti nei prossimi anni.

Che il PNRR sia stato un segnale di svolta nelle relazioni tra Stati membri, un vero spartiacque sul piano politico, è un dato di fatto: è un passo nel segno della mutualizzazione del debito e, se pure come è stato scritto non segna un momento ancora Hamiltoniano, nondimeno segna il passaggio da una stagione nella quale il Patto di stabilità e crescita nei suoi sviluppi successivi si atteggiava come mero vincolo esterno e quantitativo a carico degli Stati membri – percepito come limite alla spesa – ad uno scenario nel quale la strada è ben diversa .

Anche le vicende che avevano dato luogo nell'Eurozona alle misure correttive dopo la crisi del 2008 e che avevano portato all'istituzione del Meccanismo europeo di stabilità apprestavano sistemi di condizionalità che non esprimevano una vera e propria condivisione di un indirizzo politico a livello europeo, ma forme di controllo esterno e che quindi restavano diverse dallo scenario del dispositivo di ripresa e resilienza .

Quel che va sottolineato dunque è che tale diversità non si riduce di certo solo nella disponibilità delle nuove risorse a sostegno del Piano nazionale. La svolta evidentemente non consiste nell'apprestamento di una mera transizione finanziaria. Il dispositivo non esclude affatto né la permanenza di un vincolo né l'esistenza di vere e proprie condizionalità. Il che significa che le condizionalità riguardano il raggiungimento degli obiettivi. Gli impegni presi dalla Repubblica rispondono così ad un vincolo che si è trasformato da quantitativo in qualitativo, perché coincide con la realizzazione del programma e delle finalità che vi sono annesse .

Se così è, pare riduttivo circoscrivere la "sanzione" per il caso di inadempimento dell'impegno al solo dato della sospensione e restituzione del finanziamento. Questa sarà la conseguenza immediata strettamente giuridica, ma si dovrebbe volgere lo sguardo anche oltre, per cogliere i contorni di una responsabilità politica che in parallelo si manifesterebbe se la compromissione dell'uno o dell'altro progetto si riverberasse addirittura sul mancato adempimento di anche di una soltanto delle sei Missioni. La questione non si esaurisce nell'esecuzione della singola prestazione e nel conseguimento delle risorse, ma coinvolge il rispetto dell'impegno politico assunto dalla Repubblica. La mancata attuazione dell'una o dell'altra frangia del PNRR potrebbe incidere sul compimento di una o l'altra delle missioni e questo implicherebbe una revisione di questa scelta di indirizzo politico.

In secondo luogo, è tutto da esplorare il rilievo giuridico che l'impegno assunto dalla Repubblica potrà produrre all'interno del proprio ordinamento.

Potrebbe forse apparire congruente coi dati giuridico-formali assumere che il vincolo discendente dal Piano sia sostanzialmente asimmetrico: pieno e giuridicamente sanzionabile verso l'UE, debole verso il Parlamento così come verso gli altri esecutori del Piano, nel senso che non vi sarebbe alcun valore aggiunto sul piano degli effetti giuridici (interni) .

A questa visione si potrebbe però replicare che l'accordo vincolante siglato sul PNRR vede le sue radici in una disposizione del citato Regolamento UE e che questo accordo con un atto di diritto derivato suscettibile di produrre effetti erga omnes potrebbe conferire alla legge di approvazione del PNRR, che a sua volta abbiamo visto esistere nei fatti, un'efficacia rinforzata.

E' stato anche già osservato che l'Accordo legato al PNRR comporta delle condizionalità che non sono meramente sanzionatorie e che in ogni caso implicano un'efficacia giuridicamente vincolante. E si è aggiunto che attraverso la tecnica del rinvio il Regolamento ha attratto al proprio livello di efficacia vincolante anche atti, quali le Raccomandazioni, che ne sarebbero di per sé privi: l'art. 4 del Regolamento, ad esempio, stabilisce che il dispositivo ha per obiettivo, tra l'altro, di contribuire all'attuazione del "Pilastro europeo dei diritti sociali", il quale è un atto ben identificato; l'art. 17, par. 3, a sua volta menziona le sfide e le priorità individuate nell'ultima raccomandazione del Consiglio sulla politica economica della zona euro per gli Stati membri la cui moneta è l'euro .

D'altra parte, anche guardando alla teoria generale e ad una logica kelseniana, è indubbio che un atto che vede come sanzioni la sospensione e la revoca dell'erogazione del contributo è un atto giuridicamente vincolante e che questi rimedi sono le (principali e più evidenti) sanzioni che accompagnano il precetto. Ma è altrettanto certo che questo dimostra che al Piano si accompagna un'efficacia giuridicamente vincolante e che, nello stesso tempo, tale efficacia deriva da un atto regolamentare, la cui efficacia erga omnes, forte del primato del diritto UE, tale si presenterebbe anche nelle relazioni di stretto diritto interno.

Una buona fetta dell'autonomia procedurale che pure il diritto UE riconosce agli Stati

membri è nel nostro caso sacrificata, quantomeno per quel che riguarda la definizione delle singole azioni previste nel PNRR.

Il risultato amministrativo questa volta sembra insomma avere addirittura una copertura di diritto UE.

Le azioni del Piano sono definite nell'Accordo, che a sua volta poggia le fondamenta nel Regolamento 2021/241, ed esse rispondono ad obiettivi che la Repubblica, come si diceva, ha inteso assumere come propri nell'ambito di tale impegno, sicché il modo in cui realizzarli – e il correlato rischio di disattenderli – non è solo una questione di autonomia procedurale dello Stato membro.

10. Criteri interpretativi della discrezionalità nel nuovo scenario del PNRR.

Intravedere un'efficacia rafforzata nella legificazione del Piano e restringere l'autonomia procedurale significa rivolgersi direttamente all'interprete che a vario titolo si troverà di fronte ad una delle azioni amministrative attuative del PNRR.

La sequenza Regolamento UE/Accordo/risultato/obiettivi del PNRR diventa così un dato che il giurista potrà utilizzare. Il raggiungimento del risultato diventa anche una questione di diritto dell'UE, come si diceva.

Il futuro verificherà se questo non possa addirittura favorire talora il congegno della disapplicazione del diritto interno per consentire l'applicazione della norma che si presenta come sostanziale recepimento del diritto UE. Mi pare però comunque plausibile assumere che questa proiezione verso il risultato delineato nel PNRR sia un principio munito di efficacia rinforzata e che quindi possa tradursi in un criterio che potrà aiutare l'interprete.

Torniamo così ai problemi della discrezionalità amministrativa. Quando si tratterà di districarsi nella discrezionalità dell'interprete incerto nel groviglio normativo, si potrà sciogliere il nodo nel senso che favorisce il raggiungimento del risultato, appunto, perché questo è il vincolo che discende dalle fonti UE, dall'indirizzo politico che la Repubblica ha ritenuto di concordare con l'Europa, dalla legge italiana e quindi dalle previsioni del PNRR.

Questa strada andrebbe preferita a quella che invece molto spesso è stata seguita in questi anni in nome di una protezione dalla responsabilità e in nome di una soluzione (spesso solo formalmente) preferibile sul piano "etico". Le rigidità normative potrebbero attenuarsi, la discrezionalità riespandersi, il merito amministrativo allargarsi e allora sì che i diversi "saperi" dell'amministrazione non solo giuridica potrebbero efficientemente adoperarsi.

A titolo di esempio, pensiamo ai casi, certamente eccezionali, nei quali gli articoli 63 e 125 del d. lgs. n. 50 del 2016 (c.d. Codice dei contratti pubblici) consentono di avviare l'affidamento di un appalto mediante procedura negoziata e, in casi speciali, addirittura in via diretta a trattativa privata. Finora l'interpretazione di queste eccezioni è stata molto restrittiva, al punto che tali disposizioni sono diventate pressoché inapplicabili, anche a causa della consueta contaminazione "etica" che risale alla prevenzione amministrativa della corruzione. Ebbene, potremmo trovarci di fronte a casi nei quali i dubbi interpretativi sul se sia possibile l'affidamento diretto, ad esempio per via della previa celebrazione di una gara andata deserta o per unicità del contraente disponibile o per eccezionale urgenza, si vengano a riproporre. Se nel recente passato essi venivano sciolti seguendo la strada negativa che finiva quasi sempre per escludere la possibilità dell'eccezione, ecco che la motivazione basata sul raggiungimento del risultato cristallizzato nel PNRR potrebbe esser forse decisiva per giungere, in coerenza coi dati di diritto positivo che abbiamo tentato di ricostruire, ad un esito opposto.

Perché questo possa accadere, però, bisogna che anzitutto i giuristi e il Giudice se ne convincano e che facciano del risultato, a proposito del PNRR, un dato davvero condizionante le scelte di interpretazione e applicazione delle norme nei vari settori dell'ordinamento, da quello che segna le responsabilità penali e di contabilità pubblica a quello che riguarda la legittimità amministrativa.

Note

1. Mi riferisco al classico contributo scientifico di A. PREDIERI, Pianificazione e costituzione, Edizioni di Comunità, Milano, in part. 69 e ss.
2. Sul tema, non senza approccio critico sul sistema italiano di prevenzione amministrativa della corruzione, M. DELSIGNORE – M. RAMAJOLI, La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia, Riv. trim. dir. pubbl., 2019, 61 e ss. Invece, per un quadro riassuntivo del sistema in questione e in prospettiva decisamente diversa cfr. M. D'ALBERTI (a cura di), Corruzione e pubblica amministrazione, Napoli, 2017.
3. Cfr. M. D'ALBERTI, Il propagarsi della corruzione amministrativa, in Corruzione e pubblica amministrazione cit. 1 e ss.
4. Ad esempio, si veda AGCM- ANAC – ART, Segnalazione congiunta in merito alle procedure per l'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale, 25 ottobre 2017.
5. Su questa esperienza, cfr. N. LUPO (a cura di), Taglialeggi e normattiva, Padova, 2011.
6. Sulla discrezionalità amministrativa, anche per una sintesi recente di uno sterminato dibattito con ampie citazioni, cfr. G. MORBIDELLI, Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa, Munus, I, 2021. A definire la discrezionalità come autentico assillo per la cultura giuridica è S. CASSESE, Le basi del diritto amministrativo, Milano, 2000, 444.
7. F. CAMMEO, Corso di diritto amministrativo, ed. curata di G. MIELE, Padova, 1960, 188 e ss..
8. G. MIELE, Principii di diritto amministrativo, Padova, 1966, 27 e 28.
9. Si può citare in proposito M. CAFAGNO, Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva", Dir. econ., 2018, 625 e ss.
10. Il pensiero di M.S. GIANNINI risale soprattutto al notissimo Il potere discrezionale della pubblica amministrazione (concetto e problemi), Milano, 1939. Per un inquadramento generale del tema, anche in chiave storica, C. MORTATI, Discrezionalità, (ad vocem), Noviss. dig. it., Torino, 1960; A. PIRAS, Discrezionalità amministrativa, ad vocem, Enc. Dir., XIII, Milano, 1964, 65 e ss.; cfr. altresì, senza alcuna pretesa esaustiva di un dibattito amplissimo, F.G. SCOCA, La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva, Riv. trim. dir. pubbl., 2000, 1045 e ss.; G. AZZARITI, Dalla discrezionalità al potere, Padova, 1989; L. BENVENUTI, Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo, Milano, 2002, 64 e ss.; B.G. MATTARELLA, L'attività, in S. CASSESE (a cura di) Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale, Milano, 2003, 758 e ss.; Id., Discrezionalità amministrativa, Dizionario di dir. pubbl., III, Milano 2006, 1993 e ss.; G. BARONE, Discrezionalità (diritto amministrativo), ad vocem, Enc. giur., 1989, vol. XI.
11. Un aspetto di questa tendenza dottrinale è stata la spinta a far confluire la discrezionalità tecnica (figura destinata ad occupare uno spazio sempre più ampio tra i due poli opposti della discrezionalità pura e del potere vincolato) al di fuori del merito amministrativo, per trattarla in sede processuale alla stessa stregua del potere vincolato e quindi con un sindacato pieno e sostitutivo del giudice amministrativo. Su questo dibattito, v. infra.
12. D'ALBERTI, Il propagarsi della corruzione cit. 17, con ulteriori citazioni comparatistiche.
13. Per questo dibattito, per una più ampia esposizione del tema ed anche per le indicazioni bibliografiche, sia consentito il rinvio al mio Discrezionalità tecnica (dir. amm.) (ad vocem), in Enc. Dir., Annali, II, tomo II, 471 e ss.
14. Cfr. C. BARBATI, La decisione pubblica al cospetto della complessità: il cambiamento necessario, Dir. pubbl. 2021, 15 e ss. Insiste sull'adeguatezza del corpo amministrativo e delle relative professionalità alla nuova sfida "per obiettivi" legata al Recovery Fund anche M. RENNA, Il cambiamento necessario: una contraddizione o una sfida?, Dir. pubbl. 2021, 155 e ss., in part. 168.
15. R. CAVALLO PERIN, Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare, Dir. pubbl., 2021, 73 e ss.
16. Sul rapporto tra legge n. 241 del 1990 e merito amministrativo, cfr. A. PUBUSA, Merito e discrezionalità amministrativa, ad vocem, Dig. disc. pubbl., IX, Torino, 1994, 409.
17. Mostra opportuna attenzione proprio alla salvaguardia della sfera del merito amministrativo rispetto alla valutazione giurisdizionale, con riferimento sia al campo amministrativo che penale, R. GAROFOLI, Controllo dei giudici, libertà dell'amministrazione e esigenze di prevedibilità, in F. CENTONZE – S. MANACORDA (a cura di), Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale: la garanzia della prevedibilità, Milano 2021, 229 e ss.
18. C. BARBATI, La decisione pubblica cit.

19. Sul tema v. anche gli scritti raccolti in M. CLARICH – G.F. FERRARI – G.D. MOSCO (a cura di), *Burocrazia ed Economia. Covid, ultima spiaggia?*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, n. 1.
20. Cfr. G. MELIS, *Un episodio dello Stato liberale: la sconfitta dei tecnici e l'emarginazione degli "economisti"*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, n. 1 cit., 13 e ss.
21. M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astridonline*.
22. Sul quale si possono rileggere le acute osservazioni di A. PREDIERI, *Il programma economico 1966-70. Aspetti giuridici*, Milano 1967, 26 e ss.
23. Per una visione del risultato incline a farne proprio un canone di orientamento per l'interprete piuttosto che un criterio di sostituzione del parametro della legalità, sia formale che sostanziale, A. ROMANO TASSONE, *I controlli sugli atti degli enti locali nelle leggi n.59 e n.127 del 1997*, *Dir. amm.*, 1998, 57 e ss., in part. 62, ove si osservava che "per quanto la legalità non possa più dirsi il valore primario per l'amministrazione ... essa non cessa quindi di rappresentare un valore quanto meno strumentale e di non scarso rilievo, nello stesso perseguimento di quel risultato che sembra averla sostituita quale principio costituzionale di legittimazione dell'autorità amministrativa".
24. Il tema dell'amministrazione di risultato non è di certo nuovo. Sul principio di buon andamento ex art. 97 Cost., inteso come sinonimo di efficienza e di elasticità dell'azione amministrativa, si ricorda anzitutto M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966, 79 e ss.. Sul concetto di risultato quale tratto qualificante dell'azione amministrativa e dello stesso giudizio amministrativo cfr. L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, *Dir. proc. amm.*, 1988, 299 e ss.; *Id.*, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione*, *Dir. amm.*, 1999, 57 e ss.; *Id.*, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità*, Atti del convegno di Macerata del 21 e 22 maggio 1999, Milano, 2000, 37 e ss.. A. ROMANO TASSONE, *I controlli sugli atti degli enti locali nelle leggi n.59 e n.127 del 1997*, *Dir. amm.*, 1998, cit. Sui rapporti tra risultato e principio di legalità, M. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la "regola del caso"*, *Dir. amm.*, 2000, 131 e ss.. Sul tema dell'amministrazione di risultato v., in linea generale, i contributi raccolti sotto il titolo *Innovazione del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in *Annuario 2002 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano 2003. Tra questi ultimi, si segnalano: G. MORBIDELLI, *Invalità e irregolarità*, 79 e ss., con particolare riguardo alle ricadute in termini di patologia dell'atto; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, 107 e ss., il quale collega strettamente la funzione del risultato, come criterio di orientamento, alla crisi della legge ed ai suoi problemi conseguenti; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, 127 e ss., il quale, però, finisce per avanzare molti sospetti sulla possibilità di utilizzare nella P.A. la metodologia elaborata per l'impresa privata. In termini generali, sul buon andamento come precetto sostanziale, A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979, 147 e ss..
25. Cfr. su queste riflessioni anche N. LUPO, *Meccanismi istituzionali per i fondi del "Next Generation EU"* in www.rivistailmulino.it
26. Sullo stretto rapporto tra PNRR e indirizzo politico, si vanno già formando i primi consensi: cfr. A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, *Federalismi*, 28 luglio 2021.
27. Sulla questione "hamiltoniana", F. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico*, Milano, 2021, 133 e ss.
28. Cfr. G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, *Quad. cost.* 2021, 23. E' proprio a causa di queste diversità, in fondo, che nel caso Pringle la Corte di giustizia ha potuto osservare che "la condizionalità prevista non costituisce uno strumento di coordinamento delle politiche economiche degli stati membri, bensì è diretta a garantire la conformità delle attività del Mes, in particolare con l'art. 125 TFUE e con le misure di coordinamento adottate dall'Unione, Corte di giustizia UE 27 novembre 2012, T. Pringle vs Government of Ireland e altri, causa C-370/12", per il cui commenti cfr. R. CALVANO, *Il meccanismo europeo di stabilità e la perduta sensibilità costituzionale della Corte di giustizia dell'Unione europea alla luce del caso Pringle*, *Giur. cost.* 2013, 2426.
29. Su questi profili di recente BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Milano 2020, 408 e ss.. E questo spostamento di attenzione verso la qualità della spesa al posto della quantità della spesa, vale anche a modificare quell'approccio che era stato seguito in Italia sin da quando, negli anni '70, iniziava il dibattito sul contenimento della spesa pubblica, appunto attento più al dato quantitativo che a quello qualitativo, come osserva M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini, relazione al 58esimo Convegno di studi amministrativi di Varenna*, settembre 2012, in *Astridonline*.
30. M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, cit.
31. F. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico*, cit. 51 e ss.