

Elè Belè

Dialoghi su democrazia, diritto e processo

Collana diretta da: Roberto Martino e Antonio Barone

Comitato Scientifico

Endrius Eliseo Cocciolo, Nicola Colaianni,
Enrico Follieri, Fabio Francario,
Fabrizio Fracchia, François Lafarge,
Francesco Manganaro, Andrea Panzarola,
Aristide Police, Francesco Ricci,
Maria Alessandra Sandulli,
Fabio Santangeli, Giorgio Spangher,
Roberta Tiscini, Francesco Vergine.

Segreteria di redazione

Mirko Abbamonte – Raffaella Dagostino

Il volume analizza il ruolo delle corti di fronte alla regolazione giuridica del rischio, con particolare riferimento a tre settori di rischio ritenuti paradigmatici: rischio da incertezza scientifica, rischio corruzione, rischi finanziari. Tutela giurisdizionale, cogestione e controllo sono le direttrici fondamentali attraverso le quali viene sviluppata la ricerca, che evidenzia anche i complessi e talora fragili equilibri fra principio di precauzione ed esigenze di certezza del diritto.

L'opera è strutturata in due parti: la prima, di carattere generale, in cui si analizzano in maniera sistematica i temi della gestione del rischio e del controllo giurisdizionale del rischio; la seconda, di carattere speciale, in cui sono approfondite le questioni processuali più rilevanti.

Raffaella Dagostino è assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Lum Jean Monnet di Casamassima (BA). Nello stesso Ateneo è titolare di diversi contratti di insegnamento di diritto amministrativo (Scuola di specializzazione per le professioni legali, Master di II livello). Dottore di ricerca in "Teoria generale del Processo", è autrice di vari articoli pubblicati su riviste scientifiche ed all'interno di opere collettanee. Membro del comitato editoriale e di redazione della rivista giuridica *Il Processo*, edita da Giuffrè F. LeFebvre, dal giugno 2017 è iscritta all'Associazione Italiana di Diritto dell'Ambiente (Aidambiente).

ISBN 978-88-6611-910-4



9 788866 119104

€ 45,00

I volumi pubblicati in questa Collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (*double blind peer review*).

Gli atti della procedura di revisione sono consultabili presso i Direttori.



R. Dagostino LE CORTI NEL DIRITTO DEL RISCHIO

6
S

Elè Belè

Dialoghi su democrazia, diritto e processo

Collana diretta da Roberto Martino e Antonio Barone

RAFFAELLA DAGOSTINO

LE CORTI NEL DIRITTO DEL RISCHIO



CACUCCI EDITORE
BARI

La Collana

«Quando da bambini, a Calcutta, eravamo intenti nei nostri giochi, non di rado giungeva un bambino più piccolo, che insisteva per unirsi a noi. Fortunatamente avevamo escogitato un modo per risolvere situazioni come queste: lasciavamo che il nuovo arrivato partecipasse al gioco; prima, però, bisbigliavamo nelle orecchie degli altri giocatori le parole di “*elè belè*”. Un *elè belè* è un giocatore che crede di prender parte al gioco, ma che in realtà partecipa soltanto in apparenza. Tutti, tranne lui, sanno che non verrà preso sul serio. Un goal segnato da un *elè belè* non è un vero goal [...]» (K. BASU, *L'India e le illusioni della democrazia globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 5). Piace anche a noi utilizzare questa suggestione dell'*elè belè* quale metafora dell'odierna crisi della democrazia, tanto a livello mondiale quanto a livello nazionale. Da qui nasce l'idea di creare un nuovo strumento di “dialogo” su tematiche che coinvolgono trasversalmente il diritto sostanziale ed il diritto processuale, andando talora oltre le tradizionali partizioni tra le varie branche giuridiche. Ciò con l'obiettivo tanto ambizioso quanto doveroso di contribuire a stimolare, attraverso la riflessione giuridica, un rinnovato dibattito sulla nostra democrazia. Il rischio è che la condizione del cittadino possa regredire a quella di un *elè belè*, convinto di partecipare al grande “gioco” della democrazia dal quale, invero, potrebbe restare escluso. Anche per questo abbiamo voluto caratterizzare la copertina dei volumi di questa nuova Collana con l'immagine del dipinto “Giocatori di palla ovale”, 1908, di Henri Rousseau.

Roberto Martino
Antonio Barone

Èlè Belè

Dialoghi su democrazia, diritto e processo

Collana diretta da: Roberto Martino e Antonio Barone

Comitato Scientifico

Endrius Eliseo Cocciolo, Nicola Colaianni, Enrico Follieri,
Fabio Francario, Fabrizio Fracchia, François Lafarge,
Francesco Manganaro, Andrea Panzarola, Aristide Police,
Francesco Ricci, Maria Alessandra Sandulli, Fabio Santangeli,
Giorgio Spangher, Roberta Tiscini, Francesco Vergine.

Segreteria di redazione

Mirko Abbamonte – Raffaella Dagostino

I volumi pubblicati in questa Collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (*double blind peer review*).

Gli atti della procedura di revisione sono consultabili presso i Direttori.

Elè Belè

Dialoghi su democrazia, diritto e processo

Collana diretta da: Roberto Martino e Antonio Barone

RAFFAELLA DAGOSTINO

LE CORTI NEL DIRITTO DEL RISCHIO

CACUCCI  EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2020 Cacucci Editore – Bari
Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

INDICE

PARTE PRIMA

PRECAUZIONE E CERTEZZA DEL DIRITTO

CAPITOLO PRIMO

SCIENZA INCERTA E SISTEMA GIURIDICO

1. Gli studi giuridici sull'incertezza scientifica	pag.	3
2. Ordinamento giuridico e <i>governance</i> resiliente del rischio: un approccio sistematico	»	7
3. Obiettivi e profili d'indagine	»	14
4. Il ruolo delle Corti nel diritto del rischio: possibili scenari	»	17
5. Complessità ordinamentale ed esigenze di sicurezza giu- ridica	»	23

CAPITOLO SECONDO

IL DIRITTO DEL RISCHIO

1. La nozione di rischio	»	31
2. Il concetto di rischio nella sociologia	»	34
3. Dalla società del rischio al diritto del rischio: metodologie a confronto. Il sistema statunitense	»	37
4. Le metodologie adottate nei Paesi Europei. Le origini	»	41
5. Segue...Gli studi moderni sul rischio	»	42

6. Profili evolutivi: la prospettiva globale del rischio	pag.	47
7. La caratterizzazione del diritto unitario del rischio: il sistema multilivello delle fonti, la crisi del principio di legalità e la forza pervasiva dei principi nel procedimento	»	50
8. ...Segue: la centralità del procedimento amministrativo	»	56
8.1. <i>In generale</i>	»	56
8.2. <i>Nei tre settori di rischio oggetto d'analisi</i>	»	58
9. ...Segue: corresponsabilità e cooperazione nell'amministrazione del rischio	»	62
10. Il rischio come categoria giuridica. Rischio <i>versus</i> pericolo	»	64
11. Precauzione <i>versus</i> prevenzione	»	71
12. Rischio, urgenza ed emergenza	»	78
12.1. <i>Profili generali</i>	»	78
12.2. <i>Emergenza Covid-19 e rischi sanitari: il difficile contemperamento fra diritto emergenziale e precauzione</i>	»	83

CAPITOLO TERZO

IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE DELL'INCERTEZZA SCIENTIFICA

1. Rischio e processo: inquadramento generale	»	93
2. Giudice amministrativo e sindacato sull'incertezza scientifica: l'ampliamento dell'oggetto del giudizio per l'effettività della tutela	»	98
3. Gli strumenti a disposizione del giudice per lo <i>spill-over</i> nella cogestione dei rischi: il sindacato di proporzionalità	»	104
4. Segue:...la valorizzazione dell'onere del principio di prova	»	107
5. Il principio di precauzione davanti ai giudici. Gli esempi francese, tedesco e italiano	»	114

6. L'accesso non difficoltoso alla giustizia: il ruolo delle azioni collettive	pag. 120
7. La valorizzazione della fase cautelare	» 128
8. La valorizzazione della funzione consultiva per la creazione di un <i>network</i> fra giurisdizioni, istituzioni e cittadini	» 134
9. Giurisprudenza definitiva o nomotetica?	» 139
10. L'indiretta tracimazione degli effetti della decisione oltre le parti del giudizio	» 145
11. La giustiziabilità del diritto all'informazione sul rischio: le aperture derivanti dalle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	» 148
12. Fenomeni collaterali della cogestione del rischio: il canale della tutela giustiziale a scapito di quella giurisdizionale	» 150
13. L'incidenza del controllo giurisdizionale sui meccanismi di resilienza nella gestione dei rischi	» 153
14. L'incidenza dell'incertezza (non solo) scientifica sul processo: emergenza Covid-19, crisi del sapere e ischemie processuali	» 155

PARTE SECONDA

TUTELA GIURISDIZIONALE, COGESTIONE, CONTROLLO

CAPITOLO PRIMO

GIUDICE AMMINISTRATIVO, IGNOTO TECNOLOGICO E URGENZA DECISORIA

1. Rischio da ignoto tecnologico e processo nel sistema statunitense	» 165
2. Diritto e scienza	» 168
3. La funzione conoscitiva pubblica fra (in)certezze e verità	» 172
4. I giudici e la scienza	» 175

5. L'incertezza scientifica al cospetto del giudice amministrativo	pag. 179
6. La necessità di un mutamento nell'approccio conoscitivo da parte del G.A.: l'accesso diretto al fatto e i delicati equilibri fra poteri processuali delle parti e del giudice	» 183
7. La rilevanza della prova scientifica nel processo amministrativo	» 190
8. Dalla prova scientifica all'evidenza probatoria: l'applicazione della metodologia di falsificazione ideata nella sentenza <i>Doubert</i>	» 192
9. Incertezza scientifica e urgenza decisoria	» 198
10. Ammissibilità e rilevanza dell'accertamento tecnico preventivo per la soluzione di questioni scientificamente controverse	» 201
11. L'esperibilità dell'accertamento tecnico preventivo dinanzi al G.O. in pendenza del procedimento	» 206
12. Le peculiarità del controllo giurisdizionale sui rischi da ignoto tecnologico	» 208

CAPITOLO SECONDO

STRATEGIE DI PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E RUOLO DELLE CORTI

1. La corruzione amministrativa: peculiarità e profili d'indagine.	» 214
Sezione I: Il sistema di prevenzione della corruzione nella p.a.	» 215
1.1. Il dilagante fenomeno della corruzione: quando il rischio si fa sistemico	» 215
1.2. La prevenzione della corruzione amministrativa: uno sguardo oltre i confini italiani	» 222
1.3. Il contrasto alla corruzione veicolato dall'interno: la valorizzazione del capitale umano fra moralizzazione, meritocrazia e responsabilizzazione	» 225

1.4. ... <i>Segue</i> : L'organizzazione come valore in sé	pag. 228
1.5. La sindacabilità dell'adeguatezza organizzativa dell'Ente in conseguenza dell'insorgenza della responsabilità dei dirigenti e dei dipendenti pubblici	» 231
1.6. La sindacabilità dell'adeguatezza organizzativa dell'Ente da parte del giudice amministrativo quale valido strumento precauzionale per la migliore gestione del rischio corruzione nella PA	» 235
1.7. La trasparenza, l'accesso agli atti e ai documenti relativi al c.d. <i>risk management</i> e l'azione avverso l'inerzia della P.A. come possibili grimaldelli per valutare l'efficiente implementazione dei modelli di gestione del rischio corruzione nella P.A. La responsabilità da organizzazione come responsabilità prospettica	» 238
1.8. La rivalutazione dei controlli della Corte dei Conti per la creazione di un ponte fra <i>accountability</i> e <i>performance</i> , fra trasparenza e buon andamento	» 242
<i>Sezione II: La prevenzione della corruzione nel settore dei contratti pubblici</i>	» 246
2.1. <i>Maladministration</i> e attività contrattuale della p.a.	» 246
2.2. Le principali funzioni spettanti all'ANAC	» 250
2.3. La lotta alla corruzione condotta dall'esterno: il rafforzamento delle misure amministrative di prevenzione	» 255
2.4. ... <i>Segue</i> : l'intricato nodo giuridico del commissariamento e del fondo vincolato	» 261
2.5. Giudice amministrativo e misure straordinarie di cui all'art. 32 del d.l. n. 90/2014 (convertito con l. n. 114/2014)	» 268
2.6. Dal prisma alla rete di legalità: ANAC, Istituzioni, Giurisdizioni e Cittadinanza in collaborazione per la prevenzione della corruzione.	» 273

CAPITOLO TERZO

GIURISDIZIONI E RISCHI FINANZIARI SISTEMICI

1. Crisi economica e rischi finanziari sistemici: l'interdipendenza tra finanza privata e finanza pubblica	pag. 277
<i>Sezione I : Unione bancaria e gestione delle crisi dei mercati finanziari</i>	» 284
1.1. La gestione del rischio finanziario nel sistema europeo, con particolare riferimento al settore bancario	» 284
1.2. Fra rimedi giustiziali e rimedi giurisdizionali	» 288
1.3. La stabilità finanziaria nel settore bancario garantita da un'ordinanza ingiuntiva della Corte: il caso dell'Irlanda (Corte di Giustizia UE, 8 novembre 2016, Causa C-41/15)	» 290
1.4. L'art. 95 del d.lgs. n. 180/2015 e i divieti probatori imposti al Giudice amministrativo	» 295
<i>Sezione II : Precauzione finanziaria e governance della finanza pubblica</i>	» 298
2.1. Le politiche europee di <i>governance</i> della finanza pubblica per il contenimento del debito sovrano	» 298
2.2. La costituzionalizzazione della regola dell'equilibrio di bilancio e l'incalzante deficitarietà degli Enti territoriali locali	» 302
2.3. Il rafforzamento dei controlli della Corte dei Conti a garanzia della stabilità della finanza pubblica locale	» 308
2.4. La procedura di pre-dissesto nella prospettiva della precauzione finanziaria. Elementi di struttura	» 312
2.5. Normazione della regola economica ed effetti riflessi sulla funzione amministrativa di gestione del rischio di dissesto finanziario	» 318
2.6. Il ruolo della Corte dei Conti nella fase di controllo e monitoraggio del rischio di dissesto finanziario	» 325

2.7. Del commissariamento della Corte dei Conti, ovvero della cogestione del rischio di dissesto finanziario degli enti locali	pag. 334
--	----------

CAPITOLO QUARTO

LA TRILOGIA DEL RUOLO DELLE CORTI

1. Il difficile bilanciamento fra legalità ed effettività della tutela giurisdizionale.	» 339
2. Lo <i>spill over</i> .	» 345
3. Il ruolo sentinella.	» 353
4. Il Demiurgo.	» 357
Bibliografia	» 367