Politica.eu

NUMERO SPECIALE – MAGGIO 2020

LA RELIGIONE, IL DIRITTO, LA POLITICA.

IN RICORDO DI SERGIO COTTA (1920-2007)

INDICE

EDITORIALE 2

SULL'AUTONOMIA DEL DIRITTO DALLA MORALE.
A PROPOSITO DI UN'IDEA DI MODERNITÀ IN SERGIO COTTA
E DI ALCUNE IMPLICAZIONI SUL CONFLITTO D'INTERESSI NEL DIRITTO POSITIVO 4
ALESSANDRO CIOFFI

SUL RAPPORTO TRA FILOSOFIA E RELIGIONE NEL PENSIERO DI SERGIO COTTA 11
CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ

I LIMITI DELLA POLITICA E LA CESURA DEL CRISTIANESIMO 20
FLAVIO FELICE

IL DIRITTO TRA ESSERE E DOVER ESSERE NELLA FILOSOFIA DI SERGIO COTTA 36
BARBARA TRONCARELLI

IL FILOSOFO SERGIO COTTA: UN CREDENTE CRISTIANO/CATTOLICO.
CONSIDERAZIONI RELIGIOSE, FILOSOFICO-RELIGIOSE *ET ULTRA* 49
PIERFRANCO VENTURA

Politica.eu

Numero Speciale
Maggio 2020
ISSN 2421-4302

SULL'AUTONOMIA DEL DIRITTO DALLA MORALE. A PROPOSITO DI UN'IDEA DI MODERNITÀ IN SERGIO COTTA E DI ALCUNE IMPLICAZIONI SUL CONFLITTO D'INTERESSI NEL DIRITTO POSITIVO

ALESSANDRO CIOFFI*

Abstract: what's the meaning of Law? This is the big question for Sergio Cotta. It implies a relationship among Law and Ethics. A recent example of all of it can be seen in Italian administrative Law (legge n. 241 del 1990). Article 6 bis sets new rules on conflict of interests. It provides to avoid conflicts of any interest, as personal interest, economic interest or financial interest, that may influence the final goal to be reached by the Public powers. So the whole system involves the idea of what might be the position of public Administration relating to such kind of interests. Should it be considered out of any contact or not? The big deal is in determining final values and kinds of conflict. So real conflict or potential conflict, and several values, as competion or public interest, can play a big role in the definition of the rule of law on this hard question.

Keywords: Law – Ethics – Interest – conflict – Public Administration.

Quale è il senso del diritto?

Questo era l'interrogativo che Sergio Cotta tirava fuori nella prima lezione di filosofia del diritto, folgorando i suoi studenti del primo anno.

Era un interrogativo formidabile e di quelli che spiazzano lo studente, spingendolo ad abbandonare le sponde sicure del diritto positivo, quello appena appreso, classicamente, negli insegnamenti del primo anno, il diritto privato e le istituzioni di diritto romano, che, come si sa, suppongono un ordine ben costruito, all'interno del quale tutto si può sopportare, anche un interrogativo come *quid juris?*

Quid jus è invece il classico interrogativo che trascende l'ordinamento giuridico, trasportando il diritto in altre dimensioni. E, tra queste, la dimensione che più si avvicina alla riflessione filosofica che il bellissimo titolo degli Scritti suggerisce[1], è, mi sembra, il diritto nella modernità. Precisamente, nell'idea che Cotta ha della

* Alessandro Cioffi, Professore ordinario di Diritto amministrativo IUS/10, Università degli Studi del Molise. Email: alessandro.cioffi@unimol.it

[1] Cfr. S. Cotta, 2019.

Numero Speciale
Maggio 2020
ISSN 2421-4302

modernità. Quest'idea è scolpita nel saggio *L'idea di modernità*[2]. Di questo suo scritto colpisce subito un passo: «È facile comprendere che questi cambiamenti nella concezione della natura e della verità si ripercuotono inevitabilmente sulla concezione della morale. Non avendo più il loro fondamento o, per lo meno, il loro termine di riferimento nell'essere e in una verità oggettiva, i valori che guidano e reggono l'agire umano non potranno essere se non soggettivi. Pertanto la morale non riconoscerà altra fonte che la volontà e la sensibilità individuali, oppure la volontà collettiva, cioè l'abituale modo di comportarsi d'una società, la sua morale sociale esteriore. In entrambi i casi la morale sarà relativizzata e particolarizzata, sebbene in maniere diverse, il che produrrà dei problemi, cioè dei conflitti … Politica e diritto s'orienteranno verso la medesima direzione particolaristica e relativistica, rivendicando inoltre la loro piena autonomia in rapporto alla morale»[3].

Dunque il diritto e la morale. Viene qui in primo piano l'autonomia del diritto dalla morale[4]. E infine il loro separarsi ed un esito che per il Maestro è inevitabile: il problema, il conflitto.

Questi termini accendono nello studioso del diritto amministrativo un'immediata reazione e portano a un tema: il conflitto d'interessi. Appartiene al diritto positivo, ma ha origini nella morale. Difatti, il lettore che sfogli le novità legislative del diritto amministrativo vedrà che di recente, nel corso della riforma denominata anticorruzione nella pubblica amministrazione[5], la legge n. 190 del 2012 ha inserito nel corpo della legge generale sull'azione amministrativa una nuova disposizione, l'art. 6 *bis,* rubricato Conflitto di interessi[6]: la norma impone agli organi amministrativi di astenersi qualora si trovino in conflitto d'interessi, ma non dice l'essenziale, cosa sia il conflitto di interessi. E' una dimenticanza del legislatore o un consapevole richiamo alla morale?

Allude forse al fatto che ogni organo amministrativo valuta se astenersi o meno, davanti a relazioni pericolose? Esiste dunque una moralità dell'Amministrazione[7]?

Sta di fatto che la legge non ne parla e che restano indefiniti gli interessi, i conflitti, le relazioni[8]. In questa situazione, inevitabilmente, non poteva che intervenire il

[2] Cfr. S. Cotta, 161 ss.
[3] Così S. Cotta, 173.
[4] Cfr. S. Romano, 1983 (rist.), 64 ss., spec. 70-75, ove delinea le divergenze e le convergenze tra diritto e morale.
[5] Per l'analisi che identifica i valori generali sottesi all'anticorruzione v. U. Vincenti, 2017, 315 ss.; G. M. Racca, 2017, 208 ss.
[6] L'art. 6 *bis* della legge 7 agosto 1990 n. 241 *è* stato introdotto dall'art. 1, comma 41, della legge 6 novembre 2012, n. 190, recante «Disposizioni per la prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione».
[7] Il nesso tra moralità e conflitto di interessi è stabilito da J. B. Auby, 2010, 14 ss. Per la dottrina della *moralité administratif* v. M. Hauriou, 1911, 7 éd., spec. 450; H. Welter, 1929, 76-81.
[8] Per la posizione di fondo che corre tra il soggetto e l'interesse è fondamentale l'inquadramento di Alb. Romano, 1987, II, 30 ss., spec. 31.; per un inquadramento dell'azione amministrativa in senso funzionale, rispondente a interessi pubblici, assunti come fini dell'azione, v. Alb. Romano, 2016, 93 ss., 110, 112.

Numero Speciale
Maggio 2020
ISSN 2421-4302

giudice amministrativo. Difatti, per lo più, in mancanza di norme precise sul dovere di astensione, l'organo va avanti lo stesso, superando l'astensione e finendo per adottare un provvedimento in conflitto d'interessi. In questa situazione, il giudice amministrativo suole tradurre quel conflitto in un vizio di legittimità del provvedimento: è l'eccesso di potere, nella sua forma più classica, lo sviamento di potere.

Lo sviamento di potere, sotto forma di conflitto d'interessi, finisce nell'eterogenesi dei fini. Finisce così per appartenere al tema evocato dal Maestro, ponendo in primo piano la difficile autonomia del diritto dalla morale.

Dando uno sguardo a questa relazione e al suo manifestarsi nei fatti e nella giurisprudenza, si vede che il giudice amministrativo compie una consapevole opera d'interpretazione: dal confitto risale ai principi e ai valori. Questo conflitto, che in termini di vizio è eccesso di potere, nella sostanza non è altro che un'alterazione del principio di imparzialità amministrativa. Qui sorge subito un secondo interrogativo: di quale imparzialità si tratta?

Nella giurisprudenza corrono almeno due versioni. Si colgono immediatamente nel seguente caso[9]: in un concorso pubblico a dirigente medico, si classifica prima una dottoressa, che, però, anni addietro, era stata fidanzata con il figlio del presidente della commissione; finito il rapporto, poi, più nulla. Basta questo lontano legame ad alterare l'imparzialità dell'organo nella valutazione dei candidati in concorso? Sembra di sì, perché il giudice annulla tutto. Ne esce fuori un'imparzialità intesa in senso formale, immagine esteriore della fiducia nell'amministrazione, da vedere e da sentire come soggetto che si trova in una posizione assoluta, di assoluto isolamento; un'imparzialità, si direbbe, sentita in senso astratto, tesa ad evitare che l'amministrazione sia sfiorata dal sospetto, un'amministrazione assolutamente *super partes*[10]. Emerge qui un'idea di imparzialità molto distaccata dal mondo e calata in una versione del conflitto che, tecnicamente, si chiama conflitto potenziale. Chissà cosa ne avrebbe pensato Sergio Cotta…

Ma tornando al caso concreto a noi verrebbe da dire: e se quel candidato fosse, nella graduatoria di merito, il miglior candidato? Non si corre forse il rischio di vanificare il risultato, la soddisfazione dell'interesse pubblico ad acquisire il miglior contraente, ovvero quello che in termini costituzionali si chiama buon andamento? Valore che, si ricorda, nell'art. 97 Cost. assume pari dignità rispetto all'imparzialità.

Così affiora un altro orientamento, che la giurisprudenza chiama conflitto reale. Per esempio, nel caso di una gara indetta da un comune per affidare un servizio di mensa scolastica, viene fuori che la ditta che vince ha alle sue dipendenze il figlio del Responsabile del procedimento (RUP); in questo caso il giudice demolisce il conflitto potenziale: il figlio del RUP è un semplice magazziniere, che nulla può, e nulla può il

[9] Tar Abruzzo, Pescara, n. 84/2015.
[10] Per questa nozione, consolidata in giurisprudenza, v. Cons. St., sez. V, n. 3415/2017.

Numero Speciale
Maggio 2020
ISSN 2421-4302

RUP, che non ha il potere di aggiudicazione, secondo il codice degli appalti pubblici[11]. Quindi non esiste nesso di causalità tra conflitto e aggiudicazione finale. Anzi, trattandosi di un'ottima impresa, l'amministrazione rischia di perdere il miglior contraente esistente sul mercato. Emerge qui una concezione diversa: il giudice riconosce solo il conflitto reale e privilegia la tutela del buon andamento, ovvero il risultato, la concreta garanzia dell'interesse pubblico specifico dell'amministrazione, quello volto al mercato ed al miglior contraente. Come si vede, in questo caso il giudice sta tutelando un valore molto reale, molto diverso dall'imparzialità astratta. Il divario tra imparzialità e buon andamento, tra conflitto potenziale e conflitto reale, è un vero dilemma, non risolto dal diritto positivo. Tuttavia è utile, perché rivela i grandi sottintesi, la distinzione tra il bene e il male, la distinzione tra l'essere nel mondo e l'essere fuori del mondo. Dilemma che il diritto positivo non risolve, richiamando la morale. Sembra questo il classico caso del rinvio ad altro, quel rinvio che sovente l'ordinamento giuridico fa richiamando un altro ordinamento- in questo caso l'ordine morale[12]. Questa tecnica non è altro, in termini di teoria generale, che «riconoscimento», il riconoscimento che l'ordinamento giuridico fa di un altro ordinamento[13]. Il che richiama le categorie generali che sono sottintese a quel riconoscimento, e alcune modifiche di esse, che possono venire all'occhio dell'interprete perché sembrano «moderne».

Primo, la legittimità amministrativa. Il concetto di vizio di legittimità annovera nel suo centro l'eccesso di potere, ma nel conflitto d'interessi la legittimità si estende: dalla norma al principio; e dalla volontà della norma all'interesse sottinteso; e così la legittimità si può estendere al merito. Anche in questo caso il diritto positivo, il diritto scritto, non basta a se stesso, e si estende ad altro, considerando che il merito, nella sua nozione classica, è valutazione di interessi che sfugge alla legge.

Secondo aspetto: l'ermeneutica. Nell'estensione del testo, dalla volontà agli interessi sottintesi, passando per i valori e i principi, il giudice amministrativo dilata la norma e compie una vera interpretazione estensiva, un'analogia ascendente direbbe Sergio Cotta. Per esempio, nell'identificare gli interessi in conflitto, il giudice estende la norma dagli interessi già codificati – parentela e inimicizia- sino a considerare interessi

[11] Cfr. T.a.r. Abruzzo, Pescara, sez. I, n. 195/2014. In questa fattispecie il giudice valuta che il conflitto denunciato sia astratto e generico; e che l'impresa, per eliminare l'ostacolo della parentela, non avrebbe avuto altro mezzo «se non il licenziamento del proprio subordinato»; che l'annullamento d'ufficio appare una «soluzione estrema ed abnorme della cd. mera legalità»; che la tesi del conflitto ricade «nella retorica della mera legalità» e che la «cd. ottica preventiva dell'anticorruzione non può trasmodare in un uso strumentale ed improprio in mano alle ditte perdenti».

[12] Cfr. S. Romano, 1983 (rist.), 74-75: "La morale, invece, può essere per un ordinamento giuridico rilevante come tale. Questa ipotesi ricorre specialmente, come si è visto, quando una norma giuridica, esplicitamente o implicitamente prescrive che certi atti, azioni, contegni debbono essere conformi alla morale o, più spesso, in forma negativa, ad essa non contrari. Si ha allora un rinvio (come si è detto, non ricettizio) del diritto alla morale."

[13] Cfr. S. Romano, 1946, seconda edizione, 138, ove si delinea la rilevanza di un ordinamento per un altro riguardo al contenuto.

Numero Speciale
Maggio 2020
ISSN 2421-4302

finanziari, interessi economici, interessi personali. Anche in questo caso il testo scritto non basta e l'interpretazione della legge va oltre la legge. Questo modo di interpretare resta come buon esempio di caso problematico, soprattutto perché le norme sul conflitto potrebbero vedersi come norme di sanzione e, quindi, norme di stretta interpretazione, che, per definizione, non si possono estendere[14].

Terzo: l'organo e il dovere. Mai come in questo caso riemerge la persona insita nell'organo[15]. Nella teoria classica dell'organo, nella relazione tra ente e organo, vi è spersonificazione, annientamento della persona[16]. In particolare, l'organo perde la sua capacità naturale e la presta all'ente; viceversa, l'ente assorbe la capacità individuale dell'organo e la trasfonde in capacità di agire per l'ente. E' l'immedesimazione organica, donde l'imputazione immediata degli atti dell'organo all'ente. Qui invece accade il contrario, riemerge la persona dell'organo. Difatti nell'art. 6 *bis* il dovere di astensione cade sulla persona. Precisamente, risolvendosi in una valutazione dell'interesse, il dovere non può che cadere sulla persona insita nell'organo. Risolvendosi nel valutare se astenersi o meno, la persona ha il dovere di valutare l'interesse mondano rispetto all'interesse istituzionale - ovvero, se la relazione sia pericolosa o meno; ed è valutazione che compie la persona stessa e non la legge, che non dice alcunché. Emerge qui tutta l'autonomia dell'organo, l'autonomia della persona. E poiché non si dà autonomia senza morale, emerge qui tutta la rilevanza della morale. Ovvero, la morale è distinta dal diritto, ma può assumere rilevanza per il diritto, all'interno del diritto.

In questo vi è tutta la difficoltà di separare il diritto dalla morale. Allo stesso modo, studiando la posizione dell'amministrazione rispetto all'interesse pubblico, emerge tutta la difficoltà di separare il soggetto istituzionale dagli interessi degli altri soggetti. Si vede studiando l'amministrazione nel conflitto. Si vuole un'imparzialità astratta e un distacco assoluto dell'interesse pubblico dall'interesse degli altri, o si vuole un'amministrazione che è improntata al buon andamento e che per garantire il miglior risultato dell'interesse pubblico ha bisogno di saggiarlo un po' e prima, così immergendosi nel mondo?

Per esempio, in tema di gare e di procedure ristrette e sotto soglia, l'amministrazione deve studiare il mercato ristretto della prestazione che intende acquisire e quindi farsi un'idea, a priori, del profilo del miglior contraente, da

[14] È il caso del conflitto di interessi previsto nell'art. 42 del Codice degli appalti pubblici, che, in combinazione con l'art. 80, finisce per disporre l'esclusione dalla gara dell'impresa in conflitto di interessi.

[15] Appare qui una certa «individualità» dell'organo, nel senso di rilevanza giuridica che si manifesta sotto forma di dovere d'ufficio; il concetto è di C. Esposito, 1999, II, 1 ss.

[16] Così S. Romano, 1946, 145 ss., 155: «quando esercita la funzione connessa alla sua qualità di organo, non viene più in considerazione la sua personalità né di fronte all'ente né di fronte a terzi, giacché si immedesima con l'ente e fa corpo con esso».

Numero Speciale
Maggio 2020
ISSN 2421-4302

trasfondere nel bando[17]. Come si vede, questa è una posizione che denota non un distacco assoluto ma un passo molto mondano, che porta ad incontrare gli interessi e ad immergersi nel mondo delle relazioni, rischiando relazioni pericolose. Ma, come ci ricorda il Maestro, non tutto quel che è moderno appartiene alla modernità, e, allo stesso modo, non tutto ciò che è mondano appartiene alla mondanità. E così, in un circolo ermeneutico che a volte si spinge oltre il diritto e si spiega meglio nella letteratura, nel finale del saggio sulla modernità Sergio Cotta ci ricorda scrittori che non sono moderni ma modernisti e, tra di essi, Bulgakov; per questo ci viene in mente *Il Maestro e Margherita*, e quell'immagine famosa, nella scena finale del romanzo, quella in cui il diavolo insegue Margherita e il Maestro, e poi li salva, consegnandoci l'idea del male che tende a fare il male e poi finisce per fare il bene.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AUBY Jean-Bernard, 2010, «Conflits d'intérêts et droit administratif». In *Droit administratif*, 14 ss.

COTTA Sergio, 2019, *Scritti di filosofia e religione,* a cura di M.S. Birtolo, A.P. Buffo e A. Landolfi. Rubbettino, Soveria Mannelli.

ESPOSITO Carlo, 1999, «Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio». In *Scritti giuridici scelti*. Jovene, Napoli, II, 1 ss.

HAURIOU Maurice, 1911, *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris, Sirey, 7 éd.

RACCA Gabriella Margherita, 2017, «Corruzione (dir. amm.)». In *Dig. Disc. pubbl., vol. di aggiornamento,* VII, 208 ss.

ROMANO Alberto, 1987, «Autonomia nel diritto pubblico». In *Dig. Disc. pubbl.* Torino, II, 30 ss.

[17] Per esempio, v. Cons. St., Sez. V, n. 2853/2018, che vede conflitto nel caso in cui l'aggiudicatario dell'opera si è avvalso di un progettista che nella precedente gara, indetta per la progettazione, aveva operato come «collaboratore» del soggetto che si era aggiudicato l'incarico di progettazione. Sempre in questa prospettiva di intrecci e di incontri preliminari, v. Tar Brescia, sez. II, 4 aprile 2016, n. 485. In questo caso la società vincitrice conosceva «il piano di dismissioni, l'interlocuzione con il sistema bancario e con l'azionista di riferimento, la rivalutazione di termini e condizioni dei contratti di finanziamento, la riorganizzazione del debito, la dismissione di determinati asset non indispensabili per la continuità aziendale o per il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, l'adozione di politiche di riassetto della gestione operativa e strategica». Infine, il parere dava il suggerimento di adottare un certo schema di piano finanziario, che poi darà l'impronta al bando.

ISSN 2421-4302

ROMANO Alberto, 2016, «Il procedimento amministrativo e il suo impatto sulla cultura giuridica italiana. In *Il magistero scientifico di Aldo M. Sandulli*, nel centenario della nascita, a cura di Maria Alessandra Sandulli. Editoriale scientifica, Napoli, 93 ss., 110, 112.

ROMANO Santi, 1946 (II ed.), *L'ordinamento giuridico*. Firenze, Sansoni.

ROMANO Santi, 1983, «Diritto e morale». In *Frammenti di un Dizionario giuridico*. Giuffrè, Milano, rist., 64 ss.

ROMANO Santi, 1983, *Organi, Frammenti di un dizionario giuridico*. Giuffrè, Milano, rist., 145 ss.

VINCENTI Umberto, 2017, «Etica pubblica». In *Enc. Dir., Annali*, IX, 315 ss.

WELTER Henry, 1929. *Le contrôle juridctionnel de la moralité administrative*. Paris, Sirey.